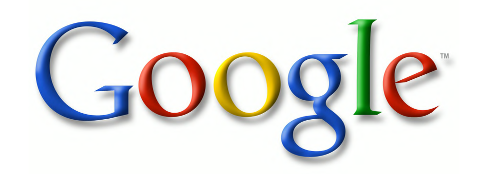
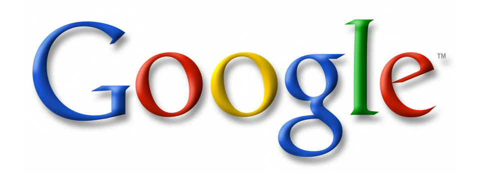
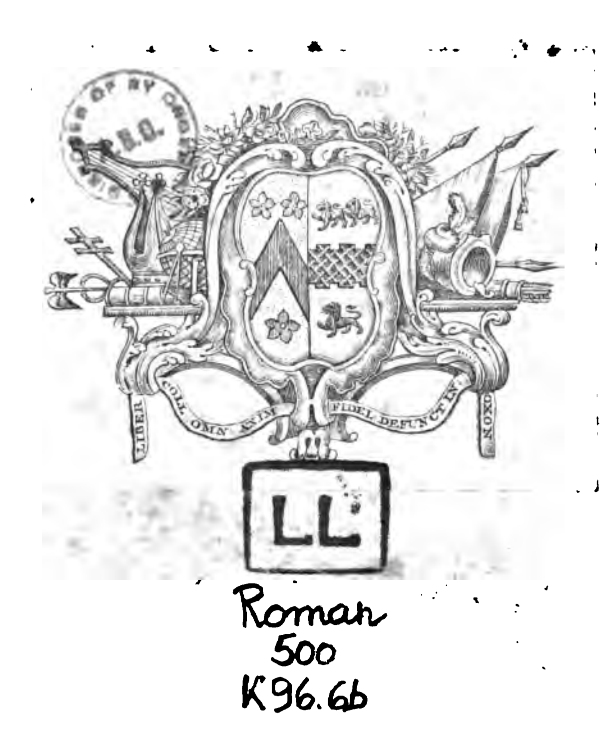







LIBER
COLL. OMN. ANIM. FIDEL. DEFUNCT. IN
OXON
LL







INSTITUTIONEN UND GESCHICHTE

DES

RÖMISCHEN RECHTS

VON

DR. JOHANNES EMIL KUNTZE

A. O. PROFESSOR DER RECHTE A. D. UNIVERSITÄT LEIPZIG

ZWEITER BAND

EXCURSE ÜBER RÖMISCHES RECHT



LEIPZIG

J. C. HINRICHS'SCHE BUCHHANDLUNG

1869.

EXCURSE

ÜBER

RÖMISCHES RECHT

HÜLFSBUCH

FÜR ACADEMISCHE PRIVATSTUDIEN

VON

Dr. JOHANNES EMIL KUNTZE

A. O. PROFESSOR DER RECHTE A. D. UNIVERSITÄT LEIPZIG



LEIPZIG

J. C. HINRICHS'SCHE BUCHHANDLUNG

1869.

Vorwort.

Bei dem Studium einer jeden Disciplin besteht der erste Schritt selbstverständlich in der cursorischen Gewinnung eines Ueberblicks des Stoffs und seines Gefüges. Der zweite Schritt wird dann immer der seyn, daß der Lernende von einzelnen Punkten der durchwanderten Bahn aus sich in eignem Nachdenken und Forschen versucht. Wie der Cursus jenen ersten, sollen die Excurse diesen zweiten Schritt begleiten und leiten.

Diese Excurse bilden nicht einen fortlaufenden Commentar zum Cursus, sondern eine frei geknüpfte Kette kleiner und größerer Ausführungen, welche den Leser des Cursus an einzelnen interessanteren Stellen auffordern, Halt zu machen und den Blick zu vertiefen. Jedes System hat seine historischen und dogmatischen Tiefen, welche oft verborgen sind, und welche doch dem ungeübten Blick zu erschließen wohl verlohnt.

Gleich dem Cursus richten sich auch die Excurse weniger an den Lehrenden, als an den Lernenden. Der Anfänger darf nicht sofort in das weitschichtige Controversenmaterial versetzt werden, welches den Himmel des Römischen Rechts umwölkt: das würde seinen Blick verschleiern und den Tritt des Vorwärtsschreitenden gefährden. Dennoch sind Controversen nicht unwichtige Bildungsmittel: sie eröffnen dem in den traditionellen Horizont der Lehren eingeschloßnen Blicke Perspectiven ins Freie; ihr Studium ist Gymnastik. Ich habe daher vornehmlich solche Controversen, welche sachlich lehrreich und dem Maße des Anfängers entsprechend scheinen, herausgegriffen, um mittels ihrer eine Vorstellung vom Arbeiten der Wissenschaft zu geben und dem für viele Geister gerade im Detail gelegenen Reize Geltung zu verschaffen. Derselbe weckt eine Ahnung von der Unendlichkeit des Inhalts, mit welcher es eine jede Disciplin der wahren Wissenschaft zu thun hat.

Der denkende Anfänger, wenn er über das erste Hören und Staunen hinaus ist, hat den natürlichen Trieb, selbstprüfend und in eignen Sympathien sich dem Einzelnen zu nähern. In dieser Richtung, dachte ich, könnten die Excurse zur Anleitung für die ersten Versuche eines ernsteren Privatstudiums dienen. Ich habe daher nichts dagegen, wenn man sie als einen Anhang des Cursus oder als eine Brücke von den Institutionen zu den Pandekten bezeichnen wollte. Sie werden ihren Zweck erfüllen, wenn ihre Lectüre die bedeutsamen Ferien, welche zwischen das Institutionen- und Pandektenstudium zu fallen pflegen, ausfüllt. —

Hoffentlich wird aus den Excursen deutlich genug erhellen, warum ich den eigentlichen Faden der Darstellung mit Ancus Martius begonnen

und mit Modestinus geschlossen habe. Wenn man die Ungewohntheit dieser Grenzen überwunden haben wird, dürfte unschwer zu erkennen seyn, daß nur innerhalb solcher Grenzen die geschichtliche Bewegung der Römischen Rechtsmasse zum vollen und leichten Ausdruck gelangt, und ein großer Theil der Wiederholungen, welche erfahrungsmäßig bei der bisher üblichen Ausdehnung des Institutionenmaterials auf Justinian (und die Glosse) ebenso unumgänglich, wie lästig sind, vermieden werden kann. Entlastung der Pandektendisciplin ist wünschenswerth, aber gewiß ist sie nur möglich durch Ausscheidung der altrömischen —, nicht der nachclassischen Bestandtheile; es liegt also nahe genug, von den letzteren eben die Institutionendisciplin womöglich zu befreien. Der didactische Gewinn für diese aus solcher Befreiung, die in der That Säuberung ist, liegt so offen, daß kein Wort weiter darüber zu verlieren ist. Zudem hat ein Ueberblick über die nachclassischen Gesetzgebungsexperimente im Zusammenhang auch seinen Reiz und Werth.

Während in den Compendien der Deutschen Rechtsgeschichte oft über Gebühr breite Auseinandersetzungen aus der germanischen Culturund Wirthschaftsgeschichte eingeflochten werden, erscheint die Römische Rechtsgeschichte fast ausnahmslos entblößt von aller culturgeschichtlichen und nationalökonomischen Ausstattung. Ich habe diesem Mangel, welcher in unserer allenthalben das Oekonomische accentuirenden Zeit ganz besonders schwer empfunden wird, abzuhelfen gesucht und bitte, verschiedene längere Excurse gerade in diesem Sinn aufzunehmen; auch sie aber wollen nur anregen, nicht erschöpfen.

In dem ausführlichen Register, welches beide Bände (Cursus und Excurse) umfaßt, ist auf die terminologischen Ausdrücke und sonst karakteristischen Wendungen der Quellen sorgfältige Rücksicht genommen. Ehedem wünschte man dem Juristen außer einer *aurea crumena* auch *ferreum caput* und *plumbeas nates:* Werthvolles in einer Zeit, da es unerläßlich schien, die ganze Folge der Digestentitel aufzählen zu können, und für einen Ruhm galt, den Wortlaut des *Corpus juris* im Gedächtniß zu tragen. Von Dion. Gothofredus und Donellus erzählte man sich, daß sie diesen Ruhm genossen, und von Petrus Ravenna gar, daß er das *Corpus juris* sammt den Glossen auswendig wußte, woher er den Namen Petrus a Memoria empfing. Heutzutage würde solches Wissen mehr Pein, als Ruhm verschaffen; eiserner Kopf und bleiernes Sitzfleisch sind dermalen besser zu verwerthen, und wichtiger, als die Titelfolge zu lernen, ist es, die lapidaren Züge einer herrlich durchgebildeten Terminologie sich einzuprägen. In jeder durchgebildeten Terminologie findet man einerseits eine gewisse Constanz und Exclusivität der Ausdrücke für typische Erscheinungen des Lebens, anderseits eine Wiederkehr bestimmter Ausdrücke für verschiedene Erscheinungen: jenes scheidet, dieses verknüpft. Das Register will nach beiden Seiten hin Dienste leisten.

Leipzig, im Juli 1869.

Dr. J. E. Kuntze.

Inhaltsverzeichniss.

Allgemeine Einleitung in die Rechtswissenschaft.

Erster Abschnitt.

Wesen und Wissenschaft des Rechts im Allgemeinen.

Zweiter Abschnitt.

Geist und Studium des Römischen Rechts.

ERSTER THEIL.

Die Geschichte des Römischen Rechts- und Staatswesens bis zur Höhe der Römischen Jurisprudenz.

ERSTES BUCH.

Ausgangspunkte und Umrisse.

Erster Abschnitt.

Rom's Vor- und Urzeit.

Zweiter Abschnitt.

Plan und Gliederung der Römischen Rechtsgeschichte.

ZWEITES BUCH.

Die Entwicklungsstufen.

Erste Periode.

Von Ancus Martius bis zur Gesetzgebung der XII Tafeln.

Zweite Periode.

Von der Gesetzgebung der XII Tafeln bis zum ersten Punischen Kriege.

Dritte Periode.

Vom ersten Punischen Kriege bis auf Augustus und Labeo.

Vierte Periode.

Von Augustus und Labeo bis auf Severus Alexander und Modestinus.

ZWEITER THEIL.

Das System des Römischen Privatrechts zur Zeit der classischen Jurisprudenz.

ERSTES BUCH.

Die allgemeinen Lehren des Privatrechts.

Erster Abschnitt.

Die Elemente der Privatpersönlichkeit.

Zweiter Abschnitt.

Die Lebensäußerungen der Privatpersönlichkeit.

VII. Kap. Uebersicht (§ 406-410).

VIII. Kap. Das Rechtssubject. Handlungsfähigkeit und Wohnsitz (§ 411-416).

IX. Kap. Vertretung und Ergänzung. Vormundschaft (§ 417-429).

X. Kap. Das Rechtsobject.

XI. Kap. Erwerb und Verlust der Rechte (§ 445-466).

Dritter Abschnitt.

Die Reactionen der Privatpersönlichkeit.

XII—XIV. Kap. Allgemeines über den Schutz der Rechte (§ 467-483).

ZWEITES BUCH.

Die einzelnen Arten der Privatrechte.

Erster Abschnitt.

Das Sachenrecht.

XV. Kap. Einleitung (§ 484-486).

Erster Titel.

Das Eigenthum.

XVI. Kap. Die rechtliche Natur des Eigenthums und Sachbesitzes (§ 487-495).

XVII. Kap. Erwerb und Verlust des Besitzes (§ 496-499).

Dritter Abschnitt.

Die Vermögensgewalt.

Erster Titel.

Die Potestas.

Zweiter Titel.

Die Manus und die Dos.

Dritter und vierter Titel.

Außerordentliche Gewaltverhältnisse im Privatrecht.

Vierter Abschnitt.

Das Erbrecht.

DRITTES BUCH.

Das Jus Militum.

DRITTER THEIL.

Die Geschichte des Römischen Rechts- und Staatswesens nach der Zeit der classischen Jurisprudenz.

Allgemeine Einleitung

in die

Rechtswissenschaft.

Erster Abschnitt.

Wesen und Wissenschaft des Rechts im Allgemeinen.

I. Kapitel.

Die Idee des Rechts.

(Zu § 1-5)

I.

Geist, Person, Energie, Recht.

Zu § 2] Durch den Zusammenhang alles Seyns ist auch der Zusammenhang alles Denkens gegeben: darum wurzelt die Jurisprudenz in der Philosophie. Dieses philosophische Wurzelwerk der Jurisprudenz soll die Rechtsphilosophie aufzeigen. Da nun unser Lehrbuch nicht Rechtsphilosophie lehrt, so haben die dazu gehörigen Excurse auf das Allernothwendigste der allgemeinen Wahrheiten sich einzuschränken.

Geist, Freiheit, Selbstbewußtseyn, Persönlichkeit sind Momente des Seyns, welche in der Wirklichkeit wie im Gedanken unmittelbar zusammengehören und zugleich die höchsten Probleme aller Philosophie einschließen. Vergl. Fichte, Grundlage des Naturrechts (Jena u. Leipz. 1796) S. 1-10; Puchta Cursus der Institutionen, Bd. I. § 1-6; Stahl Philosophie d. Rechts, Bd. II. Bch. 2. § 4. 10; Böcking Röm. Privatrecht. Einleitung § 1; Ihering Geist d. R. R. Thl. II. § 30. 36. (Dazu Thl. I. § 20. S. 332. der 2. Aufl. u. Thl. III. § 60.).

Alles Sinnliche ist Schranke, und jede Schranke will besonders erklärt seyn, denn es versteht sich (nämlich vom absoluten Standpunkt aus) nicht von selbst, daß ein Seiendes da oder dort aufhört zu seyn. Darum ist das seiende Urwesen nur als unbegrenzter, d. h. reiner Geist zu denken. Wo aber ein unbegrenztes Wesen besteht, hat nichts Anderes daneben Platz, und folglich kann es nichts außer dem reinen Geiste geben, wodurch dieser gesetzt und bestimmt würde: derselbe setzt sich lediglich und unaufhörlich selbst, er kann nur durch sich bestimmt werden und hat seine absolute Stimmung und Bestimmung in sich selbst. Einen solchen auf sich selbst beruhenden selbständigen Geist nennen wir Person, und darum erscheint die Persönlichkeit als die Urform des Seyns, alles unbedingte Seyn ist Person, das ursprüngliche Seyn ist Urperson. Gott ist diese Urperson, der Mensch deren Ebenbild.

Da ferner das Wesen nur als Leben, die Selbstbestimmung nur als Selbstbewegung reell seyn kann, so ist der reine Geist oder die Urperson auch ein unbedingt lebendiges und fortwährend thätiges Wesen: die Selbständigkeit ist zugleich und an sich Selbstthätigkeit. Es muß aber diese Selbstthätigkeit eine doppelte Richtung haben, indem die Person sich von sich selbst aus und auf sich selbst zurück bewegt: indem die Person von sich ausgeht und Alles aus sich entnimmt, ist sie sich selbst Grund, und indem sie auf sich zurückgeht und Alles auf sich bezieht, ist sie sich selbst Zweck; unter jenem Gesichtspunkt nennen wir sie ein freies, unter diesem ein selbstbewußtes Wesen. Freiheit ist die Art oder Eigenschaft der Person, vermöge deren sie ihr Selbst als Grund ihrer Thätigkeit setzt, und Selbstbewußtseyn diejenige, vermöge deren sie ihr Selbst als Zweck ihrer Thätigkeit setzt. Person ist also der in causaler und finaler Selbstbewegung lebendige, oder der als Selbstgrund und Selbstzweck thätige Geist, und Freiheit und Selbstbewußtseyn können die beiden Pole der Persönlichkeit genannt werden.

Unsere Denkkraft heißt Vernunft, sofern sie auf den Grund —, Verstand, sofern sie auf den Zweck der Dinge geht. Beides gehört zusammen zur vollen Intelligenz, und so gehören auch die Momente des Grundes und des Zweckes bei jeder Wesensbestimmung immer zusammen. Wer das Genital- oder Causalmoment ins Auge faßt, hat den genetischen oder genologischen —, wer das Finalmoment, hat den teleologischen Standpunkt: keiner für sich allein kann genügen, und viele philosophische Unvölligkeiten würden nicht seyn, wenn immer beides verbunden worden wäre; nur aus der Verbindung beider kann die vollständige ontologische Bestimmung gewonnen werden, welche den wahren Inhalt (Essenz, Vitalmoment) aufzeigt, indem sie Grund und Zweck erklärt. Ehemals ward in der Rechtsphilosophie das Causalmoment zu einseitig betont, neuerdings läuft man Gefahr, ins Gegentheil umzuschlagen und alle Definitionen auf Finalmomente zu reduciren. Das teleologische Princip, einseitig betont, drängt immer zum Utilitarismus und Materialismus und lässt alle Gründlichkeit in Zweckmäßigkeit aufgehen.

Bei Fichte, Hegel und Puchta wiegt das Causalmoment vor, und die Reaction ist erklärlich, welche neuerdings, zuerst wohl von der Krause'schen Philosophie aus, dagegen sich organisirt. Unter den Juristen ist es Ihering (Geist d. R. R. III. S. 307–314), welcher, sonst ein treuer Schüler Puchta's, jetzt gegen diesen reagirt, indem er in einer lebhaften und geistreichen Darlegung das Recht als ein Reich der Verkehrszwecke, als eine Welt des Nutzens und Genusses, als eine Dienerin des Wohls und des Interesses karakterisirt und hinzufügt: „Demnach bildet ein Gut den Inhalt eines jeden Rechts — eine Definition, die nicht von dem Begriffe des Guts im weitern Sinn ausgeht, ist verfehlt.“ Es scheint, als ob Ihering sonst anders dachte. Er bestritt früher ausdrücklich (II. S. 391. d. 1. Aufl.), daß man nach dem Zweckmoment defini-

ren dürfe (vergl. jedoch I. S. 40. 42. der 1. Aufl.) und bemerkte hinzu, daß die Röm. Juristen das Zweckmoment nur selten hervorgehoben haben. Diese Bemerkung ist eben so richtig, wie die andere, daß unter den neueren Juristen namentlich v. Savigny das Zweckmoment berücksichtigt habe. Wie Puchta zum genologischen, so neigte v. Savigny zum teleologischen Standpunkt hin.

Wir nun, indem wir die Wichtigkeit und größere Betonbarkeit des Finalmoments zugeben, bestreiten doch, daß von ihm die Definition ausgehen müsse. Wir geben nur zu, daß sie in ihm einzumünden habe. Der Causalismus gibt das erste, und der Finalismus das zweite Moment, eine Umkehrung würde den Gedanken auf den Kopf stellen. Von da aus können und werden beide Momente ins rechte Gleichgewicht kommen; der rücksichtslose Causalismus ist nichts Anderes als einseitiger Idealismus, und der rücksichtslose Finalismus nichts Anderes als einseitiger Naturalismus. Wo das Gleichgewicht fehlt, hinkt der Gedanke: das sollten weder die Idealisten noch die Naturalisten vergessen! Es kann dermalen leicht geschehen, daß, gleichwie einst das Grundmoment (*subtilitas*) in den Proculianern und das Zweckmoment (*utilitas*) in den Sabinianern sein specifisches Organ der Wissenschaft fand, auch bei uns eine Spaltung und Zweiheit der Schulen beginnt; wir dürfen solche Schärfung der Zielpunkte durch den Gegensatz vielleicht nicht beklagen: aber wer in seinem philosophischen und juristischen Denken nach innerer Harmonie und äußerer Abrundung strebt, wird sich nur befriedigt finden, wenn er Grund und Zweck als die zwei Schenkel des Zirkels nimmt, mit deren einem er den Mittelpunkt feststellt, um mit dem anderen die Kreislinie darum zu beschreiben. Wer nur vom Grund aus das Recht bestimmen wollte, würde ein Centrum haben ohne Peripherie, und wer nur vom Zweck aus, gar eine Peripherie ohne Centrum, d. h. einen nur eingebildeten Kreis, nämlich keine Linie, sondern nur Punkte, eine Vielheit ohne Einheit, ein bloßes, vielleicht lockendes und doch unerquickliches Aggregat.

Demgemäß haben wir nun auch das Recht von diesem doppelten Gesichtspunkt aus festzustellen. Als frei erweist sich der Geist, indem er von dem Grunde seines Selbst aus zur Mannigfaltigkeit der Bethätigungen gelangt und gleichsam in einzelnen Acten ausstrahlt, als selbstbewußt, indem er von da auf sein Selbst als Zweck alles Thuns zurückstrebt und so gleichsam die Strahlen rückwärts sammelt. Diese unablässige, persönliche und lediglich oder wesentlich durch das Selbst bestimmte, d. h. der Außenwelt nur secundär bedürftige und immer sich in ihrem Eigenwesen gegen die Anstöße und Einflüsse der Umgebung behauptende Selbsterweisung, Selbstbethätigung und Selbstbefriedigung geht in drei Hauptdimensionen auseinander, aus deren Unterscheidung sich eine Dreiheit von Geistesregionen oder Elementarreichen des Geistes ergibt, welche eben so, wie die drei Dimensionen der Gestalt, oder wie die drei Reiche der tellurischen Welt (Erde, Luft und Wasser) zusammen und ineinander gehören. Ich nenne sie die Imagi-

nation, Action und Speculation, oder die Phantasie, Energie und Intelligenz. Das eine dieser drei Reiche ist das des Rechts: die Action oder Energie. Auch die Energie ist nach ihrem Grund und Zweck zu bestimmen; mit solcher Bestimmung gewinnen wir das Wesen des Rechts.

Energie ist ein freies und selbstbewußtes Thun, ein im Selbst gegründetes und auf das Selbst abzweckendes Thun, das Thun einer Person; aber wenn wir den menschlichen Geist ins Auge fassen, müssen wir hinzufügen: kein unbedingtes, unbegrenztes und einfaches Thun, sondern da der Mensch eine erschaffene und in die creatürliche Welt gesetzte Person ist, nicht bloß (und nicht reine) Bewegung in sich selbst, sondern auch Bewegung in der Welt. Der Mensch gehört in die Welt, sein Selbst steht in der Welt. So hebt denn alle Lebensthätigkeit des Menschen an im engsten Umkreis des eignen Wesens (Mikrokosmos) und erweitert sich von da mit Unvermeidlichkeit auf die umgebende, mit und zu dem Menschen erschaffene Welt (Makrokosmos); dies ist das Lebensgesetz all' unseres Dichtens, Trachtens und Denkens; immer haben wir es zuerst mit der Welt in uns, darnach aber auch mit der Welt um uns zu thun. Mittels der Phantasie fängt der Mensch die Lebensformen des Selbst und der Welt im Netzwerk seines Geistesauges auf und taucht und bildet sie in sein Gemüth hinein; mittels der Energie bemächtigt er sich der Lebensstoffe des Selbst und der Welt, indem er sie gleichsam ergreift, sich auf sie erstreckt, sie seinen Zwecken dienstbar macht und ihnen den Stempel seines Wesens aufprägt. So zeigt uns die Phantasie die entfaltete Stimmung, die Energie die entfaltete Handlung des Menschen, und die Imagination ist ein mehr receptives, die Action ein mehr effectives Thun: dort Anschauung und Hingebung, hier Einwirkung und Herrschaft. In der Intelligenz aber scheinen sich beide Bewegungsweisen des menschlichen Geistes zu verbinden, indem derselbe mit der Kraft des Gedankens sich in die Dinge und zugleich die Dinge in sich hineinversetzt: alle Erkenntniß ist also Spiegelung; auch die Speculation beginnt mit dem Selbst und erweitert sich von da auf die Welt.

Wenn wir die energische Actualität der Person in diesem Sinne fassen, wird gegen sie als das Element oder die Substanz des Rechts das nicht einzuwenden seyn, was von Ihering (III. S. 310 u. 311) gegen die Auffassung des Rechts als der „Arena für den Willen" gesagt wird. Allerdings sind „die Rechte nicht dazu da, um die Idee des abstracten Rechtswillens zu verwirklichen" (Ihering. III. S. 316), aber sie sind die typischen Bethätigungen und Erzeugnisse der persönlichen Energie. Indem wir die Energie als eine Urpotenz des persönlichen Geistes verstehen, geben wir ihr eine Fülle realen Inhalts und stellen sie unter die ureigne Gesetzmäßigkeit des persönlichen oder nationellen Wesens und Lebens; von einem „abstracten Rechtswillen" ist dabei nicht die Rede, sondern von einer That des Wollens und Handelns, welche aus dem persönlichen Wesen selbst ihren Grund und ihren Zweck entnimmt. Hier-

mit ist von selbst die Genugthuung freier schöpferischer Entfaltung und selbstbewußter beseligender Sammlung gegeben, und dem Recht ein Reichthum des Inhalts gesichert, aus welchem sich erklären läßt, daß der Mensch im Aneignen und Herrschen, wie im Anwenden und Benutzen der angeeigneten Dinge die ihm erforderlichen Elemente der Nahrung und Entwicklung und ein unerschöpfliches, unablässiges Spiel von Geschäft und Genuß, von freiem Schaffen und selbstbewußtem Feiern findet. In diesem Sinne ist die Energie, ist das Recht ein Stück der Selbstverwirklichung und Selbstbekräftigung des Menschen und keineswegs in formalen Momenten auflösbar. Das Zweckmoment ist mit darin enthalten; aber freilich nur als ein Moment, und insofern muß ich mich gegen Ihering (III. S. 316) erklären, wenn derselbe sagt: „der Nutzen, nicht der Wille ist die Substanz des Rechts“, den Nutzen und Gewinn als das substantielle Moment des Rechtsbegriffs bezeichnet und das Wesen der Rechte ontologisch zu treffen meint, indem er sie „rechtlich geschützte Interessen“ nennt. Unter diesem Gesichtspunkte gerathen wir unausbleiblich zu utilitarischem Pragmatismus und naturalistischer Einseitigkeit, welche an dem modernen Cultus der Nationalökonomie in der Jurisprudenz einen gar thätigen und gar gefährlichen Secundanten finden. Der Schlachtruf gilt wieder: Hier Proculus und Labeo, hier Capito und Sabinus! In den von Ihering beigefügten Beispielen (S. 318—326) lassen sich bereits die Anfänge einer Sabinianischen Rechtsbehandlung entdecken. Die Krause'sche Schule von der einen Seite, die teleologische Juristenfraction eines Brinz, Köppen und Bekker von der anderen Seite, und der nationalökonomische Naturalismus eines Dankwardt und Cons. von dritter Seite werden bald ihren Berührungspunkt mit jener Rechtsbehandlung gefunden und ein Lager des juristischen Naturalismus geschaffen haben. Ihering, der von Hegel ausgegangen ist, hat sich während der Ausarbeitung des 2. Bandes immer mehr von der dialectischen zur naturalistischen Methode (vergl. II. S. 385—389) hinübergewendet und scheint nunmehr im 3. Bde. seinen juristischen Parteistandpunkt unter den neuen Sabinianern fixirt zu haben. So hoch wir Ihering's Leistungen stellen, hier ist der Punkt, wo wir ihn mit allen Waffen der Wissenschaft bekämpfen müssen. Vergl. Münchner krit. Ueberschau II. (1855) S. 195, und Schletter's Jahrbb. V. S. 206—209.

II.

Die Methode des symbolischen Parallelisirens.

Zu § 3] Die Natur kann in freier Weise für die Lehre des Rechts benutzt werden, denn sie ist auf den Menschen, auf den menschlichen Geist hin erschaffen und bietet für alle Phänomene des Geisteslebens sinnliche Analogien. Auf diese Parallele hat der Mensch ein um so zweifelloseres Recht, als sie in seiner eigenen Natur und creatürlichen Art begründet ist. Die unfreie Welt oder die Natur schlechthin ist das Reich der Sinnlichkeit, die freien selbstbewußten Wesen als solche sind übersinnlicher Art: in

der Sinnlichkeit markirt sich die Grenze der selbstbewußten Freiheit. Der Mensch aber steht auf dieser Grenze: er gehört sowohl dem Reiche der Sinnlichkeit, als auch dem der Uebersinnlichkeit an.

Jenes Reich ist nur dem sinnlichen, das Reich der Freiheit nur dem geistigen Auge zugänglich, und damit scheint ein absoluter Gegensatz angenommen; dennoch hat die Natur einen gewissen Werth für die Erkenntniß des Geistes, indem wir, wie gesagt, finden, daß die Gesetze und Grunderscheinungen der beiden Reiche trotz ihrer Eigenartigkeit in dem Verhältniß einer prästabilirten, providentiellen Harmonie stehen, und, wenn wir sie von der formellen Seite zu nehmen wissen, uns einen gewissen Parallelismus bieten. Wir dürfen daher, wenn wir nur vorsichtig sind, die Natur als Bild des geistigen, bezieh. des juristischen Kosmos behandeln. Durch die Imagination, welche auf diesem Wege angeregt wird, kann freilich die nüchterne und mühsame Arbeit des Denkens nicht erspart und überflüssig, aber doch recht oft und zweckmäßig erleichtert werden; jene soll den Gedanken nicht ersetzen und verdrängen, sondern ihn beflügeln, ihm beistehn, dienen und Eingang verschaffen. Bildliche Unterstützung des Unterrichts gilt heutzutage als eine Cardinalmaxime der gebildeten Lehrmethode: diese soll lebendig, anschaulich, und Alles illustrirt werden, was gelehrt wird. Darf die Rechtslehre diesen Vortheil verschmähen? Wir wollen ja diese Bildlichkeit nicht als Grundlage, sondern nur als Hülfsmittel der juristischen Methodik, und dieselbe in den frischen Wellen einer didactischen Symbolik nicht zerfließen lassen, sondern nur baden und erfrischen. Es thut unsrer dürren Wissenschaft diese Erfrischung wahrlich Noth; gefährlich würde sie nur dann seyn, wenn man die Natur zur Argumentation, statt zur bloßen Illustration des Geistes verwerthen wollte!

Von dieser Seite, also im Formalen, würden wir uns dem teleologischen Naturalismus, oder der Abzweigung desselben, welche die naturhistorische Methode genannt worden ist, gewissermaßen annähern. In folgendem Punkte stimmen wir mit ihr überein. Das Rechtsleben ist eine geistige Welt, aber mit nichten ein bloß gedachtes Reich, wie das der Zahlen, Kategorien, Figuren und Begriffe. Wir haben es dort mit Phänomenen und Processen zu thun, welche zwar übersinnlich, aber wirklich (objectiv) sind: Realitäten erfüllen die Welt des Rechts. Die Genossenschaftskreise, die Körperschaften, die Personen und die einzelnen Rechtsverhältnisse derselben sind reelle und lebendige Potenzen, als solche müssen sie vor die Seele des Betrachters treten. Demgemäß soll die Methode des symbolischen Parallelismus dem Lernenden den Eindruck geben, daß er es nicht mit einem Schein, sondern Seyn, mit wirklichen Existenzen, Größen und Kräften, mit übersinnlichen und doch greif- und begreifbaren Realitäten zu thun bekommt, wenn er von Rechten, ihrem Entstehen und Untergehen hört und lernen soll, alles dieses zu analysiren und construiren, zu demonstriren und classificiren.
Vergl. Meine Ausführung in Schletter's Jahrbb. V. S. 208. Dazu Trieps, Ueb. Nationalität und Einheit d. bürgerl. Rechts (Hamb. 1860). S. 6. 7.

III.

Fehler in der Fassung der Rechtsidee.

Zu § 4] Ich halte dafür, daß durch folgende Ansichten falsche Elemente in die Definition der Rechtsidee gebracht werden: 1) das Recht sei an sich eine Schranke der Willensfreiheit (Kant!). Das Grundprincip des Rechts muß aber ein positives seyn, wie jedes Grundprincip; wir finden auch, daß ein beträchtlicher Theil der elementaren Rechtssätze nicht beschränkend, sondern gewährend ist (*uti legassit, ita jus esto*!). Nur dies ist richtig, daß für den egoistischen Willen (welcher weiter geht als der Ich-Wille) das Recht als eine Schranke erscheint, und im geschichtlich-thatsächlichen Rechtsleben diese Seite am grellsten hervortritt. — In einem gewissen Zusammenhange mit jenem Fehler steht der andere (Herbart!), daß der Conflict des menschlichen Geistes als dogmatischer Ausgangspunkt der Rechtsordnung zu behandeln sei. Ich halte es für unstatthaft, den Streit absolut früher als den Frieden, die Willkür vor die Ordnung anzusetzen. Das Recht ist aus der Freiheit, nicht aus dem Frevel abzuleiten. Wie soll ohne den Untergrund der Ordnung der Vertrag auf der wogenden Fläche des Streits das Recht erbauen?

2) Das Recht beziehe sich schlechthin nur auf die sociale Stellung des Menschen, sei nur für das menschliche Gemeinwesen bestimmt und wurzele lediglich in der Willensübereinstimmung (Vertrag?) einer genossenschaftlichen Mehrheit, (Krause, Ahrens, v. Scheurl u. s. w.). Ist nun aber wirklich das Recht im Wesen des Menschen schlechthin gegründet, so kann es in seinem innersten Kern nicht durch die Voraussetzung einer communalen Pluralität bedingt seyn. Das Pluralitätsmoment kann daher nur ein geschichtlich hinzukommendes Moment seyn, und gehört zur Rechtsidee nur insofern, als der Mensch nicht bloß Einzelwesen, sondern auch und zugleich Gemeinwesen ist. Demzufolge ist das Recht als eine Ordnung des menschlichen Handelns und Herrschens sowohl ohne, als mit Rücksicht auf die gesellschaftliche Coexistenz aufzufassen, und in dieser Zwiefachheit ist es auch von den Römern aufgefaßt worden, wie das *honeste vive* neben dem *neminem laede,* und wie die Grundidee des Röm. Privatrechts vor Allem zeigt (*actio in rem*!): im eigentlichen Privatrecht muß die sociale Coexistenz immer ein durchaus nur secundäres Moment bilden; anders freilich im *jus publicum.*

3) Das Recht sei die erzwingbare Ordnung des Zusammenlebens (Thomasius, Wolf!). Allein zwar strebt der Rechtstrieb nach Erzwingbarkeit der Normen, bringt es aber nicht überall dazu. Wir geben zu, daß an der Ausbildung von Zwangsmaßregeln meistens die Nachdrücklichkeit und Reife der Rechtsüberzeugung wahrgenommen werden kann, aber immer bildet der Zwang nicht das Kriterium, sondern nur ein Symptom des Rechts. Viele Sätze des Privat- und Staatsrechts entbehren des geordneten Zwangs (*minima Praetor non curat — princeps legibus solutus!*), im Völkerrecht wird die Zwangsordnung nie gleichen

Schritt mit der (doch auch hier unleugbaren) Rechtsidee halten, in vielen Stücken, z.B. in Schuldverhältnissen (welche sich auf freies Handeln beziehen) ist überhaupt ein directer Zwang nicht herzustellen.*

Mit allen drei bekämpften Fehlern in ziemlich gleicher Weise scheint mir ein anderer sehr gewöhnlicher Fehler der Rechtsanschauung verflochten zu seyn: diejenige Ansicht, nach welcher das Recht schlechthin nur als äußere Macht und Vorschrift gedacht und ihm folglich der Karakter der Immanenz versagt wird. Ich betrachte dagegen das transscendente Moment nur als ein geschichtlich hinzukommendes. Ohne den Ausgangspunkt der Immanenz würde das Wesen des Gewohnheitsrechts unerklärt bleiben, der Begriff der *justitia* nur in einem äußerlichen und niedrigen Sinne gefaßt werden können, und es an einem Indifferenzpunkt fehlen, in welchem die beiden Seiten des Rechtsbegriffs, das Recht im subjectiven und im objectiven Sinne, sich zusammenfinden.

II. Kapitel.

Das Gebiet des Rechts.

(Zu § 6-9)

Selbst und Welt als Herrschaftsobjecte.

Die Energie unterwirft der Person ein Object. Je kraftvoller die Energie und je empfänglicher ihr Object ist, um so inniger wird dieses von jenem ergriffen, verarbeitet, tiefer in den eignen Lebenskreis des Individuums und der Genossenschaft hereingezogen und um so völliger denselben angeeignet. Ein gezähmter Löwe, ein abgerichteter Hund, eine angebaute Flur, eine entdeckte und cultivirte Insel erhalten und tragen das Gepräge ihres Machthabers, und erweisen sich, so wie sie nun sind, als lebendige Erzeugnisse und Offenbarungen seines persönlichen oder nationellen Karakters.

Die Situationen des Herrschens, m. a. W. die Rechtsverhältnisse erscheinen verschieden, je nachdem das Selbst oder die Welt Gegenstand des Herrschens ist, und — wenn das Ergebniß des 1. Kapitels hinzugenommen wird — je nachdem das Einzelwesen oder das Gemeinwesen Subject der Herrschaft ist.

Die Herrschaft über sich selbst bildet die Grundlage der sich dann zum Vermögensrecht erweiternden Herrschaft. Im Privatrecht erscheint diese Grundlage wenig umfang- und inhaltreich: sie beschränkt sich auf gewisse Grundzüge, die nahe bei einander liegen, gleichsam nur mikroskopisch unterscheidbar sind und daher im practischen Leben selten bedeutsam und gewichtig hervor- und auseinandertreten. Darin liegt der Grund, daß auch in der Theorie, d. h. in den üblichen Lehrdarstellungen unsrer Compendien, jene Grundzüge meist nur obenhin und beiläufig berührt werden.**

*) Vergl. Cursus § 11.
**) Vergl. Cursus, Thl. II. Buch 1. z. A.

Man könnte diesen Innenkreis der s. g. Urrechte oder Rechte der Persönlichkeit (s. Schilling Lehrb. f. Institutionen und Geschichte d. R. R. I. § 1. 4.) auch als das private Verfassungsrecht bezeichnen, wenn es schicklich wäre, Termini ohne Weiteres vom Staatsrecht zu entlehnen. In der That handelt es sich hier um die Verfassung des Einzelwesens, d. h. um die Zusammenfassung seiner einzelnen juristischen Bestandtheile und um diejenigen Formen, in denen der Private sich nach seinen unveräußerlichen Attributen behauptet und grundsätzlich regelt.

Der gleiche Unterschied eines Innen- und Außenkreises oder einer engern und weitern Sphäre ist für das Staatsrecht durchzuführen und der Theorie desselben allgemein zu Grunde zu legen. Hier tritt der Innenkreis, d. h. der Umkreis der eigentlichen Verfassungsrechte in weit erheblicheren Dimensionen hervor, so daß das Maßverhältniß des Innen- und Außenkreises fast das umgekehrte von dem privatrechtlichen ist. Das Verfassungsrecht zeigt uns das Gebiet der staatlichen Selbstbeherrschung, welche nicht bloß eine Behauptung und Abwehr nach Außen, sondern vor Allem eine Ordnung und Machtgestaltung nach Innen, nämlich die Constituirung eines durch (über-, neben- und untergeordnete) Organe herrschenden Gemeinwillens ist. Dieser centralisirte Gemeinwille ist der Souverän: er umgibt seine unmittelbaren Organe mit den Formen und Attributen der Souveränität, handelt in den einzelnen Fällen nach seinem freien und selbstbewußten Entschluß und spricht wohl auch allgemeine Maximen des Handelns aus (Legislative); und wie im Innern so auch nach Außen sichert und verfolgt er seine Verfassungsrechte *manu militari*; endlich erweitert und steigert er seine Staatsgewalt durch Unterordnung selbständiger Magistrate, welche, indem sie einmal angestellt kraft eignen Rechts agiren, gleich den Hauskindern in der Privatsphäre Filialpotenzen des Staatswesens (abgeleitete, abgezweigte, dependente Souveränitätscompetenzen: *provinciae* im altrömischen Sinne) darstellen. Vor Allem gehört in diesen Umkreis die Lehre von der Staatsform, d. h. von der verfassungsmäßigen Anlage und Grundstimmung des Staatsorganismus, wonach die Frage sich beantwortet, ob der eigentliche Träger der Souveränität das ungetheilte Volksganze (Frei- oder Volksstaat, Republik), oder ein aus dem Ganzen geschichtlich hervortretendes Cardinalglied (Dynastie, Oberhaupt) sei (Fürsten- oder Königthum): was durchaus nicht bloß ein Unterschied der politischen Form, sondern wesentlich und zunächst des historischen Organismus ist.

Wie nun das gebildete Einzelwesen nothwendig um sich einen weiteren Umkreis von Rechten (das s. g. Vermögensrecht) hat, so erwirbt sich auch der (Cultur-)Staat jederzeit einen Außenkreis von Rechten, welche nicht mit den Verfassungsrechten vermengt oder gar identificirt werden dürfen. Ich nenne diese die Hoheitsrechte des Staats; sie sind die Formen der Herrschaft des Staatskörpers über die Welt unter sich und um sich. Vermöge dieser Hoheitsrechte ergreift der Staat Land und Leute, Provinzen und Colonien. Vermöge der Territorialhoheit be-

herrscht er staatsrechtlich den Grund und Boden innerhalb seiner Grenzen, vermöge der Volkshoheit nimmt er die Wehr- und Steuerkraft seiner Staatsangehörigen in Anspruch, und er erstreckt endlich seine Hoheit auch über exterritoriale Gebiete (Provinzen, Meere, Colonien), sowie über diejenigen Landesbewohner, die nicht Staatsangehörige sind.

Wir fassen das Gesagte in folgender Uebersicht zusammen:

I. Civilistisches Gebiet (Privatrechtsverhältnisse).
   a. Esoterisches Gebiet: Recht der Persönlichkeit.
   b. Exoterisches Gebiet: Vermögensrecht.

II. Publicistisches Gebiet (Staatsrechtsverhältnisse).
   a. Esoterisches Gebiet: Verfassungsrecht.
   b. Exoterisches Gebiet: Hoheitsrecht.

III. Kapitel.

Die Anstalt des Rechts.

(Zu § 10-12)

Die dreifache Bedeutung von Staat.

Zu § **12**] Ueber der Idee des Staats liegt eine Wolke von Streitfragen theils rechtsphilosophischen, theils rechtspolitischen Inhalts: hauptsächlich betreffen sie die Grenzen und den Zweck der Staatsgewalt.

Zu einer gründlichen Lösung derselben scheint es vor Allem erforderlich, daß eine dreifache Bedeutung von Staat unterschieden wird, welche etwa als die universelle (speculative), antike und moderne bezeichnet werden kann. Die erste oder weiteste (universelle) schwebt vor Augen, wenn von Recht und Staat als zwei sich deckenden Vorstellungs- und Lebenskreisen, insonderheit gegenüber und neben Religion und Kirche, geredet wird. Die zweite oder mittlere (antike) Bedeutung tritt uns aus dem *publicum jus* der Römer (dieser *altera positio* neben dem *jus privatum*) entgegen, indem hier Gemeinde und Staat noch als identisches Gemeinwesen gefaßt und nur Anfänge, unvöllige Ansätze zu einem Gemeinde- und einem Staatswesen in unserem heutigen Sinne seit den letzten Zeiten der Republik gemacht wurden.* Endlich die dritte oder engste (moderne) Bedeutung ist diejenige, an welche man in unsrer Zeit am liebsten denkt, wenn man vom Staat im eminenten und eigentlichen Sinn redet.

Den Naturgrund (Substrat) des Staats in diesem heutigen Sinn bildet das geographisch fixirte (wenn auch nicht gerade arrondirte) und räumlich umgrenzte Naturganze eines Volkes, einer Nation, d. h. der durch gemeinsame Abstammung begründete, in gemeinsamer Sprache und Sitte zusammengehaltene und durch die Verwandtschaft der geistigen Triebe und Ueberzeugungen verbundene Organismus, welcher sich als selbständige Größe in dem geschichtlichen Gang des Völkerlebens behauptet und vorzugsweise aus dem Fond der eignen materiellen und

*) s. unten Excurse zu § 161—176. No. III.

geistigen Hülfsmittel sich zu befriedigen vermag. Daß der politischen Einheit eine natürliche entspreche und zu Grunde liege, ist aber nur der Normalfall, nicht absolut wesentlich, wie die Geschichte zeigt, denn es gibt Föderativ- und Bundesstaaten neben den reinen National- und Einheitsstaaten.

Sonach ist der Staat die Nation von ihrer politischen Seite. Die ästhetischen, wirth- und wissenschaftlichen, moralisch-religiösen (z. B. Lehr- und Unterrichts-) Zwecke gehören an sich nicht zu den Aufgaben des Staats in diesem Sinn. Indeß darf der Staat, welcher solchen außerhalb gelegenen Aufgaben sich gewachsen fühlt, sich ihnen nicht entfremden und verschließen, besonders dann nicht, wenn die übrigen Organe des Volksthums und Gesellschaftswesens nicht reif oder nicht gesund genug oder zu altersschwach sind, ihren Platz auszufüllen und ihre antheiligen Verrichtungen ohne Staatshülfe zu leisten. In dieser Weise haben z. B. Staat und Kirche zu verschiedenen Zeiten einander unterstützt und ergänzt.

IV. Kapitel.

Der Ursprung des Rechts.

(Zu § 13-15)

I.

Göttliches und menschliches Recht.

Zu § **13**] Wenn die Rechtserzeugung als That des Menschen bezeichnet wird, so ist damit nicht der Gedanke abgelehnt, daß das Recht im letzten Grunde aus Gottes Rathschluß und Willensordnung abzuleiten sei, denn mit der menschlichen Persönlichkeit und Energie ist auch das Recht eine Schöpfung Gottes, welcher aber, indem er die Menschen als freie Wesen schuf, diesen den Gang der eignen Entwicklung als ihre eigne und freie That überließ. Außerdem ist das Institut der obrigkeitlichen Autorität und Gewalt noch besonders auf eine erste und allgemeine Einsetzung Gottes zurückzuführen: die Zwangsgewalt der Obrigkeit (*jus gladii, jus vitae ac necis*) ist von Gott selbst dem Menschen in die Hand gegeben worden, indem er den ersten Menschen zum Herrn über das Weib, d. h. Haus und Familie bestellte. Durch den Sündenfall war dieses Rechtsmittel bedingt und gefordert: durch sich selbst und aus eigner ursprünglich menschlicher Machtvollkommenheit hätte der Mensch kein Recht über Leben und Tod des Mitmenschen; er muß es nun aber als Obrigkeit haben zur Aufrechthaltung der Ordnung im Widereinander der Völker und Individuen, und er hat es dazu aus Gottes Hand erhalten, um es gemäß den Entwicklungsgesetzen der politischen Ordnung zu handhaben. Darum wer der Obrigkeit das Schwert nimmt, untergräbt die Fundamente aller Rechtsordnung.

In einem anderen, prägnanten Sinne spricht man von göttlichem und menschlichem Recht (*jus divinum* und *humanum*): jenes beruht

auf unmittelbarer göttlicher Satzung d. h. Offenbarung, wie das (Adamitische, Noahitische) Mosaische Recht, dieses auf unmittelbarer menschlicher Satzung ohne göttliche Eingebung. Von solcher Eingebung kann im eigentlichen Sinne bei heidnischen Völkern nicht die Rede seyn. Was diese etwa auf den Willen ihrer vermeintlichen Nationalgötter zurückführen und auf alte religiöse Ueberlieferungen gründen (*fas, jus sacrum*), ist Menschenwerk, welches höchstens einen Rest der heiligen Uranlage der Menschheit in sich trägt.

II.

Die historische und philosophische Juristenschule.

Zu § **14**] Die im Cursus genannten drei ersten Grundqualitäten der Rechtsordnung (positive, sociale und historische) sind durch die s. g. historische (oder positivistische) Schule zur Geltung gebracht. Vor und neben derselben bestand, theilweise in scharf ausgesprochenem Gegensatz, die s. g. philosophische (oder rationalistische) Schule, welche alles Recht auf dem Wege vernunftmäßiger Ermittelung und Schlußfolge finden und es ohne wesentliche Rücksicht auf die verschiedenen Culturstufen ein für allemal construiren wollte. Die vierte Grundqualität (das Recht als intuitive Ordnung) folgt aus der ersten und bildet eigentlich nur das dogmatische Facit oder Complement jenes Cardinaldogmas der historischen Schule; beide aber lassen sich wohl unter dem Ausdruck organisch zusammenfassen. Vergl. meine Schrift: der Wendepunkt der Rechtswissenschaft (1856) S. 62 ff., in Verbindung mit v. Savigny, System d. R. R. I. S. 7. 9. 292.

Im Großen und Ganzen sind jetzt die Grundsätze der historischen Schule zur Anerkennung gekommen, indeß darf nicht auf dem von derselben eröffneten Wege einseitig fortgegangen werden. Denn unmöglich kann zugegeben werden, daß sämmtliche Elemente des Rechts dem Flusse geschichtlicher Entwicklung und nationaler Umbildung unterliegen, vielmehr wie im einzelnen Menschen gewisse Grundzüge seines individuellen Karakters bleiben und von einer Centralkraft aus aller Wechsel mehr oder weniger beherrscht, und so der Gang in einer Bahn erhalten wird: so finden wir auch in der Weltgeschichte des Rechts das Walten einer Centralkraft des menschlichen Geistes, eine Bahn allmählichen Fortschritts, die stille Herrschaft von Rechtsidealen, welchen die Besten der Nation, der Zeit zustreben, und die Völker, so lange sie blühen, immer näher kommen. In den Gesetzen, von welchen dieser Gang universal- und nationalgeschichtlicher Entwicklung des Rechts gerichtet wird, sind die Grundzüge der Rechtsordnung enthalten, und diese sind so tief im Wesen des menschlichen Geistes begründet und von so allgemeinem ethischen Werthe, daß sie als absolute gelten und auf einem, von der Geschichte verhältnißmäßig unabhängigen Wege philosophischer Speculation erkannt werden können.

Man bezeichnet das dem positiven Recht einer einzelnen Nation oder Culturepoche gegenübergestellte und unabhängig hiervon entwor-

fene Musterbild einer Rechtsordnung als Vernunft- oder Naturrecht, insofern es als ein durch abstractes Nachdenken und logische Deduction aus der allgemeinen Natur des Menschen gewinnbares gilt. Der Versuch einer solchen Gewinnung nun hat seine Berechtigung, so lange die Speculation sich auf die bezeichneten allgemeinen Grundzüge und auf die der Höhe des christlichen Lebensideals zustrebenden Entwicklungsgesetze beschränkt; allein es darf nicht vergessen werden, daß mit diesen allgemeinen Linien nimmer ein practisch ausreichendes und lebensfähiges Recht gewonnen, und daß die ganze reale Ausfüllung nur durch die schöpferische Kraft solcher Mächte, welche ganz unter dem Einfluß des geschichtlichen Wechsels stehen, bereitet wird. Die alte Naturrechtsdoctrin übersah oder unterschätzte die historische Strömung und die organische Um- und Fortbildung, in welcher die Rechtsidee, indem sie sich zum practischen System entfaltet, unablässig sich befindet.

III.

Die Natur- und Kunststufe der Rechtsbildung.

Zu § 15] **Das Gewohnheitsrecht ist die Naturstufe, die Gesetzgebung die Kunststufe der Rechtsbildung, entsprechend den Stufen der Volks- und Kunstpoesie.** Puchta d. Gewohnheitsrecht (2 Thle.: 1828. 1837.); v. Savigny System d. R. R. I. S. 34 ff.; Kierulff Theorie des Civilrechts I. S. 6 ff.; Ihering Geist des R. R. II. § 25.

Bei jedem Culturvolk, so auch bei den Römern und Deutschen, ist der Periode der Gesetzgebung eine Periode des Gewohnheitsrechts vorangegangen. Im späteren Lebensalter der Völker verkümmert der naive Rechtstrieb, das Gewohnheitsrecht tritt dann hauptsächlich nur noch im Gerichtsbrauch (juristische Praxis, *usus fori, stilus curiae*), d. h. in den übereinstimmenden Aussprüchen des den Richterberuf ausübenden Juristenstandes hervor und weicht mehr und mehr dem Einfluß wissenschaftlicher Autoritäten (*communis doctorum opinio*). — Bestritten ist, inwiefern auch die Wissenschaft als (dritte) Rechtsquelle neben der Volksüberzeugung und Gesetzgebung betrachtet werden dürfe; nur das ist unbestreitbar, daß im Leben der Culturvölker eine spätere Periode der Rechtsentwicklung vorzugsweise das wissenschaftliche Gepräge trägt. Man unterscheidet danach die Perioden des gewohnheitlichen, gesetzlichen und wissenschaftlichen Rechts, denen im Allgemeinen die drei Ausdrucksmittel: Bild, Wort und Begriff entsprechen. (s. Arnold Cultur und Rechtsleben. 1865. S. 290.) —

Oft wird der Ausdruck Rechtsquellen in einem mehr äußerlichen oder antiquarischen Sinn gebraucht,* indem darunter die Quellen der Rechtskunde, d. h. die einzelnen direct oder indirect überlieferten und vorhandenen Rechtsdenkmäler (Münzen, Inscriptionen, Urkunden, Handschriften) verstanden werden, aus welchen wir unsere Kenntniß früheren Rechts schöpfen. (Vergl. v. Savigny System d. R. R. I. S. 12.)

*) Vergl. Excurse zu § 177—187. No. II.

V. Kapitel.

Das System des Rechts.

(Zu § 16–19)

System. Rechtsinstitute. *Aequitas.*

Der Laie erblickt, indem er ein Gesetzbuch durchblättert, eben nur die einzelnen Blätter und erkennt in dem Ganzen nur eine Vielheit einzelner Titel und Artikel; anderseits erscheinen dem Laienblick viele einzelne Rechtssätze als absolut einfache Sätze, während sie in der That eine Fülle verborgner Folgesätze enthalten. Oft also, wo der Jurist Einheit wahrnimmt, sieht der Laie Vielheit, und so auch umgekehrt. (Vergl. dazu Ihering Geist d. R. R. II. S. 328 ff.)

Ein System läßt sich unter dem Bilde eines Kreises mit Mittelpunkt, Radien und Peripherie vorstellen, wobei der Blick der Rechtsanschauung entweder von dem Mittelpunkte (der Grundidee des Rechts) oder von der Peripherie (den einzelnen Rechtssätzen) ausgehen kann. Die Rechtssätze sind Ausstrahlungen der Rechtsidee (und bez. der Rechtsinstitute), gleichsam die äußersten Spitzen der auseinander strebenden Radien oder die Punkte in der Peripherie; also erscheint die Masse der Rechtssätze in ihrem gemeinsamen und gleichmäßigen Bezug zur Centralidee als die um diese sich ausspannende Peripherie, und die Rechtsinstitute sind die der centralen Rechtsidee zustrebenden convergirenden Vereinigungslinien der Rechtssätze.

Man hat oft, indem man die geschilderte Art des Rechts ausdrücken wollte, es einen Organismus genannt, indeß kann ein System höchstens bildlich ein Organismus genannt werden, denn ein Organismus ist eine lebendige Realität (Individuum, Stamm, Volk), die Rechtsordnung aber ist eine abstrahirte, gedachte Einheit. Die Rechtsverhältnisse, die Rechtssphären (Personen) können Organismen genannt, aber die Gesammtheit der Rechtsregeln kann nur als System bezeichnet werden.

Weil die systematische Gliederung des Rechts aus dessen innerem Wesen folgt, so hat die Erkenntniß des Systems auch einen wesentlichen (intellectuellen, didactischen) Werth. Ein Rechtsinstitut, eine Rechtsregel empfangen nur an der richtigen systematischen Stelle die rechte Beleuchtung, an falscher Stelle vorgetragen hinterlassen sie einen unklaren oder falschen Eindruck. Vergl. Ihering a. a. O., S. 343. 344. 409 ff.

Rechtsinstitute sind z. B. aus dem Röm. Recht: *legatum* und *fideicommissum*, *nexum* und *stipulatio*, *hereditas* und *bonorum possessio*, *manus*, *obligatio naturalis*, *bonorum emtio*; aus dem germanischen Recht: Gewere, Auflassung; Erbvertrag, Reallast, Retractrecht; aus dem Handelsrecht: Firma, Indossament, Actienverein; aus dem Proceßrecht: Litiscontestation, Appellation, Staatsanwaltschaft.

Manche Rechtsinstitute, namentlich solche, an denen eine besonders erhebliche Fülle von Folgesätzen hervortritt, werden auch Systeme genannt, z. B. Stammguts-, Hypotheken-, Inscriptionensystem.

Die *Aequitas* (*bonum et aequum*) unterscheidet sich von den logischen Elementen des Rechts, welche rationell deducirt, exact demonstrirt werden können und also reine Producte des Denkens sind; das *aequum* ist ein Product des Schaffens, freie Entfaltung des Stoffes, schöpferische Erweiterung der juristischen Lineamente, aber getragen von den Grundideen des Rechts, und dadurch unterschieden von den bloßen Utilitätsgesetzen, welche nur mechanische Zusätze bilden und immer mehr oder minder das Gepräge der Willkür tragen. Aus der *aequitas* in jenem Sinne stammen z. B. die Principien der *compensatio* und der *actio negotiorum gestorum*.

VI. Kapitel.

Die ethische Grenzbestimmung des Rechts.

(Zu § 20-23)

I.

Das Recht neben Kunst und Wissenschaft.

Zu § **20**] Ich habe die Phantasie, Energie und Intelligenz als die Entfaltungen der Stimmung, Handlung und Erkenntniß des Menschen bezeichnet; die Ordnungen dieser drei Grundvermögen sind die Kunst, das Recht und die Wissenschaft. Sie gehören wesentlich zusammen; keine Persönlichkeit gibt es, in welcher nicht die Elemente aller drei Vermögen gesetzt wären, und in jedem Lebensmoment und Lebensact wirken sie zusammen. Allerdings kann das eine Vermögen in diesem, ein anderes in jenem Individuum oder Volke, in dieser oder jener Periode des Lebens, bei der oder jener That vorwiegen, mehr in die Augen fallen, oder aber das eine oder das andere Vermögen da oder dort verkümmern, zu schlummern scheinen, überwuchern, ausarten. Aber der Zusammenhang bleibt doch im Ganzen und Großen, weil er ein allgemeines Postulat des persönlichen Geisteslebens ist. So können wir sagen, daß sie coordinirte Grundvermögen sind; keines verdient ethisch einen Vorzug vor dem anderen.

II.

Das Recht neben Religion und Moral.

Zu § **23**] Gott als absoluter Anfang und schöpferischer Urgrund ist das Princip des menschlichen Lebens und Wesens, also das Ziel unserer lebendigen Hingabe und die lebendige Norm unseres Wesens. Religion und Moral sind die Entfaltungen dieses Ziels und dieser Norm. Sie halten den menschlichen Geist im Zusammenhang und Einklang mit dem göttlichen Geist.

Die Liebe ist die Grundkraft der Religion, das Band der Vollkommenheit, „das königliche Gesetz“ *(Jac. 2, 8)* und die Seele alles wahren ewigen Lebens; die Tugend ist der Grundbegriff der Moral, der

Maßstab der Vollkommenheit, und die Tugendlehre gipfelt in dem Satze: Seid vollkommen, gleichwie euer Vater im Himmel vollkommen ist (*Matth. 5, 48)* — Ihr sollt heilig seyn, denn ich bin heilig, der Herr euer Gott! *(3. Mos. 19, 2*). Also hängt die Moral an der Religion und ist deren Dependenz; ist die Moral der Tugendspiegel, so kann die Religion der Tugendhebel oder die Tugendleiter genannt werden.

In der religiös-moralischen Kraft wurzeln und gipfeln alle Kräfte des Menschen. Religion und Moral erheben das endliche Wesen der Menschheit in das Licht des ewigen Wesens und durchdringen mit diesem Himmelslichte die irdischen Lebensbereiche der Kunst, des Rechts und der Wissenschaft; sie bilden den ächten Ausgangs-, Mittel- und Endpunkt des menschlichen Lebens, und die Geschichte der Völker zeigt, daß das Recht — gleich wie die Kunst und Wissenschaft — sich in seinem geschichtlichen Ursprung aus dem Schoße der Religion erhebt, im weiteren Verlauf seiner Entwicklung vielfach religiöser und moralischer Elemente sich bedient und bedarf, und in seiner Vollendung wieder zur Höhe religiöser Verklärung hinanstrebt. Die Römische Rechtsgeschichte beginnt mit dem *fas,* lehnt sich an die *sacra* (s. *Cic. de divinat. 1, 16; Ulp.* in *fr. 1.* u. *10.* § 2. *D. de J. et J.*) und endet mit der Christianisirung; der Sachsenspiegel ruht auf specifisch christlicher Weltanschauung und schließt in ihr die Entwicklung des rein germanischen Lebens ab.

Die Glaubenskraft im Menschen ist ein durch die ganze Persönlichkeit gehender Zug des göttlichen Ebenbildes in uns zu dem göttlichen Urbilde über uns; dieser durchgehende Zug und innerste Lebenstrieb ist nicht bloß ein Spiel der Phantasie, nicht bloß ein Geschäft der Intelligenz, sondern geht die Person in ihrer lebendigen Totalität an, und vermöge dieser ihrer Bedeutung für den menschlichen Geist üben Religion und Moral einen mehr oder weniger maßgebenden Einfluß auf die Energie so gut, wie auf die Phantasie und Intelligenz, diese finden in jenen ihr Rectorium und Finale. Eine solche Rolle spielt die Moral nicht bloß dem Recht, sondern auch der Kunst und Wissenschaft gegenüber, es gibt unsittliche Triebe und Bestrebungen auch im Bereiche der letzteren, und daher ist es falsch, die Moral auf das Bereich des Willens einzuschränken und sie begrifflich nur gegenüber dem Recht abzugrenzen.

Die Moral hat es mit der inneren geistigen Seite der Handlungen, das Recht mit der sinnlichen Manifestation des Willens zu thun. Für die Moral kommen die Handlungen nur als Symptome und Consequenzen, als die Früchte des Willens, für das Recht aber der Wille nur, sofern er sich in äußere Thatsachen umsetzt, in Betracht.

VII. Kapitel.

Die Erkenntniß des Rechts.

(Zu § 24-26)

Interpretation. Kritik. Analogie.

Zu § 25] Die Auslegungskunst hat auch für den Historiker, Theologen u. s. w. Werth, und ist nicht bloß bei Rechtsregeln, sondern auch bei (gesprochenen, urkundlichen) Rechtsgeschäften ein Bedürfniß. (Vergl. Ihering Geist d. R. R. II. S. 475 ff.)

Die Legalinterpretation erklärt nicht einen früheren, sondern erzeugt eigentlich einen neuen Rechtssatz und bindet die Unterthanen schlechthin; die Doctrinalinterpretation ist freie wissenschaftliche „Reconstruction" und bindet daher nur, insofern sie überzeugt; s. v. Savigny System, I. S. 209.

Die Kritik d. h. Textherstellung, hat der Auslegung den Boden zu bereiten durch Sammlung, Ordnung, Reinigung und Ergänzung des linguistischen Materials. Sie wird daher unter Hermeneutik im weitern Sinne mit begriffen; s. v. Savigny ebend. S. 241 ff.

Der Extensivinterpretation kommt die Analogie sehr nahe: jene gewinnt den Rechtssatz, welchen der Gesetzgeber wirklich hat ausdrücken wollen, diese einen solchen, welchen der Gesetzgeber ausgedrückt haben würde, falls er daran gedacht hätte; jene ist also bloß Ermittelung, diese aber Ergänzung und Vermehrung des gegebenen Rechts. Im Sinne analogischer Rechtsfortbildung verstanden die Römer die alte *interpretatio legis XII tabularum.**

Zweiter Abschnitt.

Geist und Studium des Römischen Rechts.

VIII. Kapitel.

Die Bedeutung und Reception des Römischen Rechts.

(Zu § 27-29)

Karakterzüge des Römischen Rechts.

Zu § 28] Das politische Ethos Rom's bildet die nothwendige Ergänzung des hellenischen Ethos, mit welchem der occidentalische Geist seinen großen civilisatorischen Triumphzug begann. Nur in der Kunst, nicht im Staats- und Rechtswesen hatte es der hellenische Genius zur vollen Verschmelzung und fruchtbaren Einigung des dorischen und ionischen Volksthums gebracht, den Römern aber gelang die Mischung der extremen Temperamente, diese einzige Gewähr politi-

*) s. Cursus § 114.

scher Dauerhaftigkeit und historischer Stetigkeit. So stetig Stufe für Stufe, wie der künstlerische Geist bei den Hellenen, entfaltete und bethätigte sich der juristische Geist bei den Römern, und die Grenzlinie, welche jener Geist gegenüber dem materialistischen Barbarenthum zu ziehen anfing, mußte von diesem Geiste weiter geführt werden.

Cic. de Orat. 1, 1: „Plurima in omni jure nostro antiquitatis est effigies et prisca verborum vetustas.“

Cic. de republ. 2, 1: „Ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod nostra respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec unius hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus.“ (Vergl. dazu Ihering Geist d. R. R. I. § 20. S. 309.)

Cic. de orat. 1, 44: „Quantum praestiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne jus etc.“ —

Otto von Freisingen *Chronic. lib. 3. prol. (p. 122): „Hoc jam solvendum puto: quare unius urbis imperio totum orbem subjici, unius urbis legibus totum orbem informari, dominus orbis voluerit.“*

Luther: *(Opp. Jen. VI. p. 156):* „Und was darf's viel Worte, das Kayserliche Recht, nach welchem das Römische Reich noch heutiges Tags geregiert wird, ist ja nichts anders denn heidnische Weisheit, welches die Römer, ehe denn Roma von Christo gehöret hat, gesetzt und geordnet haben. Und ich acht' wohl, wann itzt alle Juristen in einen Kuchen gebacken und alle Weisen in einen Trank gebraut würden, sie sollten nicht allein die Sachen und Händel unangefasset lassen, sondern auch nicht so wohl davon reden noch denken können. Denn solche Leute haben sich in großen Händeln müssen üben, sind darzu mit großer Vernunft und Verstand begabt gewesen. Summa, sie haben gelebt und werden nicht mehr leben, die solche Weisheit im weltlichen Regiment gehabt haben.“

Melanchthon *Or. de dignitate legum (Select. declam. I. p. 247)* und *Or. de vita Irnerii et Bartoli (II. p. 411): „Nam mihi aspicienti legum libros et cognita pericula Germaniae saepe totum corpus cohorrescit, cum reputo, quanta incommoda secutura sint, si Germania propter bella amitteret hanc eruditam doctrinam juris et curiae ornamentum.“ „Nam hac remota ne dici potest, quanta in aulis tyrannis, in judiciis barbaries, denique confusio in tota civili vita secutura esset.“*

Leibnitz *(Opp. I. ep. ad div. 119. p. 170.* und *IV, 3, p. 267): „Ego Digestorum opus vel potius auctorum, unde excerpta sunt, labores admiror, nec quidquam vidi, sive rationum acumen sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem.“ „Dixi saepius, post scripta geometrarum nihil extare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit, tantum nervi inest, tantum profunditatis.“* Dazu Schilling Lehrb. f. Instit. u. Geschichte I. § 20.

Ueber die Geschichte der Reception des R. R. in Deutschland vergl. Schäffner das Röm. R. in Deutschland während des 12. u. 13. Jahrh.

(Erlangen 1859); Franklin Beiträge zur Geschichte des Röm. R. in Deutschland (Hannov. 1863); Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen, I. S. 609—655. II. S. 1-237. u. Stintzing Geschichte d. populären Literatur des röm.-canon. R. in Deutschl. im 15. u. 16. Jahrh. (Leipz. 1867).

Im staatsrechtlichen Bereiche wiegt das einheimische (germanische), im civilrechtlichen Bereiche das Römische Element vor, während im handelsrechtlichen und processualen Bereiche das germanische und antike Element als paritätische Factoren in den Mischungsproceß eingetreten und ins Gleichgewicht gekommen sind. Dieser historische Proceß selbst ist übrigens beträchtlich weiter fortgeschritten, als die dogmatische Formirung seiner Ergebnisse, welche kaum über die ersten Anfänge hinaus ist und da bald auf romanistische Beschränktheit, bald auf germanistische Vagheit stößt.*

IX. Kapitel.

Das *Corpus juris.*

(Zu § 30-33)

Plan, Handschriften und Ausgaben des *Corpus juris,* insbesondere der Institutionen.

Die Darstellung im Cursus enthält eine theilweise Anticipation dessen, was am Ende der Rechtsgeschichte** im weiteren geschichtlichen Zusammenhange auszuführen ist. Hier kommt es darauf an, vorläufig über die nothwendigsten Voraussetzungen des einfachen Handgebrauchs des *Corp. jur. civ.* zu orientiren.

Ueber die Anordnung des Stoffs in den Theilen des *Corpus*, insbesondere in den Digesten, sind wir noch nicht völlig aufgeklärt, doch ist gewiß, daß die Compilatoren sich an die literarischen und legislatorischen Traditionen angeschlossen haben. Daß dieselben auf das Julianische Edictssystem (im 2. Jahrh. n. Chr.), auf das Civilrechtssystem des Sabinus (um Chr. Geb.), ferner auf die Tripertita des Sext. Aelius (*jus Aelianum*? um 200 v. Chr.) zurückführen und mit ihren äußersten Wurzeln zuletzt in den XII Tafeln (450 v. Chr.) haften, ist am deutlichsten gezeigt von Leist Versuch einer Gesch. d. Röm. Rechtssysteme (*Rost.* 1850). Es versteht sich von selbst, daß der Werth eines solchen historisch gewachsenen Systems nicht ohne Weiteres nach unsrem heutigen dogmatischen Maßstab beurtheilt werden darf, doch hat unverkennbar in der Aufeinanderfolge maßgebender Ereignisse ein stiller Trieb organischer Ordnung gewaltet.

Das Verhältniß der Haupttheile untereinander anlangend, so liegt der Schwerpunkt des Codificationswerkes in den Digesten und dem Codex, welche „*jus ac leges*“ im damaligen Sinne zu geben bestimmt waren; die Institutionen bilden zu den Digesten die Einleitung, und die Novellen zum Codex einen Anhang.

*) Ueber die mit der Reception zusammenhängende juristische Literatur und Schulenfolge vergl. die Lehrbücher des Pandektenrechts.
**) s. den III. Theil: nachclassisches Recht.

Bei dem Citiren ist Folgendes zu berücksichtigen. In neueren Ausgaben der Institutionen ist der Abschnitt *de servili cognatione*, welcher sonst einen besonderen (den siebenten) Titel des 3. Buchs bildete, als Anhang zum 6. Titel *de gradibus cognationis* gezogen worden, so daß die Ausgaben in der Citirung der Titel von III, 7 an abweichen, die älteren 30, die neueren bloß 29 Titel zählen. — Die wissenschaftliche Differenz darüber, wo das 4. Buch der Instit. eigentlich beginne — nach Hugo sollte es schon mit dem 13. Titel des 3. Buchs beginnen — hat auf die Eintheilung der 4 Bücher in den Ausgaben selbst keinen Einfluß geübt. Vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 111.

Die von Justinian in der *Const. Dedit nobis* § 2—8 angegebene Zusammenlegung der 50 Bücher der Digesten in 7 *Partes* entsprach zum Theil herkömmlichen Lehrgruppen; diese *Partes* bleiben beim gewöhnlichen Citiren außer Betracht. — Unter den einzelnen Büchern der Digesten sind durch ihre Benennungs- und Citirweise ausgezeichnet: 1) *lib. 20—22*, welche nach dem Vorgange der späteren Byzantiner Antipapinian genannt wurden; 2) die von Ehe, Tutel, Testament und Legat handelnden *lib. 23—38*, deren Inhalt von den Röm. Juristen als *Quatuor libri singulares* bezeichnet wurde (s. Leist Gesch. d. röm. Rechtssyst. S. 59—70); 3) von den eben genannten Büchern werden die *lib. 30—32*, welche nicht in Titel zerfallen und die übereinstimmende Rubrik *De legatis et fideicommissis* haben, ohne Beisetzung der Buchziffer kurz als *Dig. de legatis I. II. III.* citirt, als ob sie zusammen „Ein Buch mit drei Titeln“ bildeten; 4) *lib. 47* u. *48.*, welche von Verbrechen und Strafen handeln, werden nach Justinian's Vorgang (*Const. Tanta § 8*) als *Libri terribiles* bezeichnet.

In der äußeren Anordnung der Materien folgt der *Codex repet. prael.* im Großen und Ganzen dem Digestenplane, s. Rudorff a. a. O. § 113. Zu einigen Stellen des Codex finden sich unter der Bezeichnung *Auth.* (*authentica*) Auszüge aus betreffenden Novellen, welche, weil sie Abänderungen des Codex enthalten, seit der Glosse dort eingeschaltet zu werden pflegen; mit ihnen ist nicht zu verwechseln der s. g. *Liber authenticorum*, worunter im Mittelalter die jüngste, 134 Stück enthaltende Novellensammlung verstanden ward. Vergl. Biener Gesch. d. Novellen Justinians (1824).

Ueber die Zusammenstellung und Eintheilung der Rechtsbücher Justinian's durch die Glossatoren, sowie die späteren Anhänge (im *Corpus juris civ.*) vergl. unten.

Unter dem maßgebenden Einfluß der s. g. Glossatoren, d. h. der italienischen Rechtslehrer des 12. u. 13. Jahrh., welche die Rechtsbücher Justinian's wieder ans Licht gezogen und zur Grundlage des juristischen Unterrichts an den Universitäten gemacht hatten, fand die Reception des Röm. Rechts Statt; daher schreibt sich die hohe Bedeutung der Glosse, sowie die während mehrer Jahrhunderte festgehaltene Sitte, in den Ausgaben der Rechtsbücher (des *Corp. jur. civ.*) die Glosse hinzuzufügen. Man unterscheidet danach glossirte und unglossirte

Ausgaben; die erste unglossirte Ausgabe des *Corp. jur. civ.* ist zu Paris 1525—1527 (von Chevallon), die letzte glossirte Ausgabe zu Lyon 1627 (von Fehius) erschienen. Unter den glossirten Ausgaben sind die wichtigsten die von Contius und von Dionys. Gothofredus im 16. Jahrh. besorgten, jene in 5, diese in 6 Bänden, theils zu Paris, theils zu Lyon erschienen. Hervorzuheben ist die verbesserte Gothofredische Ausgabe von Lyon 1612, und deren vollständiger Abdruck *opera Fehii* Lyon 1627 (mit Zusätzen aus des Cujacius Noten), beide in 6 Bänden. Unter den unglossirten Ausgaben waren ehemals am meisten verbreitet (namentlich auch durch zahlreiche Nachdrücke) die von Contius, Russard, Charondas, Dion. Gothofredus, die berühmte Ausgabe des Pacius (1580), die vorzügliche des Jacob. Gothofredus (Genf 1624), deren Nachdrücke zum Theil von den Herausgebern (so von Modius und von Simon van Leeuven im 16. u. 17. Jahrh.) mit neuen Anmerkungen ausgestattet wurden. Die unglossirten Ausgaben sind theils mit, theils ohne Noten; zu den ersteren gehören einige von Jac. Gothofredus: die des Modius (insbesondere die s. g. Ausgaben mit verschlungenen Händen, Frankf. 1663 und 1688) und des Simon van Leeuven (insbesondere die erste Originalausgabe Amsterd. 1663); Ausgaben ohne Noten veröffentlichte auch Dion. Gothofredus schon, unter deren vielen Nachdrücken die beßten die mit Elzevir'schen Lettern gedruckten (insbesondere der s. g. *Pars Secundus*, Amsterd. 1663 und 1664) sind. — Die glossirten Ausgaben sind sämmtlich in Folio, die unglossirten mit Noten theils in Quart, theils in Octav, die unglossirten ohne Noten in Octav erschienen.

Neuere Ausgaben mit (vorzugsweise kritischen) Noten sind die von Gebauer und Spangenberg (2 Bde. Gött. 1776. 1797) mit Benutzung von Bemerkungen Brenkmann's und Bynkershoek's, und die von Beck (5 Bde., Leipz. 1825—1836). Ohne Noten (doch bezieh. mit Varianten) sind die Ausgaben von Freiesleben (2 Bde, Colon. Mun. 1720. 1759), welche den Gothofredschen Text aber sehr fehlerhaft gibt, sodann die kleine Ausgabe von Beck (1 Bd. Leipz. 1829—1836) und die Kriegel'sche Ausgabe (von Gebr. Kriegel, Herrmann und Osenbrüggen, Leipz. 1828—1843). Durch Gebauer, Beck und Kriegel „sind die Gothofredschen Ausgaben mit ihren zahlreichen Nachdrücken hinsichtlich der Kritik des Textes entbehrlich geworden."

Eine vollständige deutsche Uebersetzung des *Corpus juris civ.* ist von Otto, Schilling und Sintenis (7 Bde, Leipz. 1830—1834) erschienen.

Von der von Schrader beabsichtigten großen Ausgabe des *Corpus jur. civ.* sind nur die Institutionen erschienen (Berlin 1832); aus dieser mit exegetischem und kritischem Commentar versehenen Ausgabe ist der einfache Text (mit kurzen Anmerkungen und Parallelstellen) besonders abgedruckt (die s. g. kleine Schrader'sche Ausgabe, Berl. 1836), wodurch frühere Ausgaben, wie die von Köhler (Gött. 1773), Biener (Berl. 1812), Bucher (Erlang. 1826), Klenze und Böcking

(Berl. 1829) in den Hintergrund gedrängt sind. Den Text mit deutscher Uebersetzung daneben gibt Roßberger (Berlin 1829).

Sehr zahlreich sind die Einzelausgaben der Institutionen, Digesten, des Codex und der Novellen. Die Zahl der Institutionenausgaben allein soll sich auf mehrere Tausende belaufen; der zugrunde liegenden Handschrift kommen an Ansehn zunächst die s. g. Incunabeln. *Editiones principes* sind von den Institutionen 1468 (Mainz), von den Digesten 1475 und 1476 (Rom und Perugia), vom Codex 1475 (Mainz) und von Julian's Novellensammlung 1512 (Lyon) erschienen.

Wichtig sind namentlich für die Textkritik die von Haloander besorgten Nürnbergischen Ausgaben der Institutionen (1529), Digesten (1529), des Codex (1530) und der Novellen (1531), sodann die von Contius und Cujacius besorgten Ausgaben der Institutionen (1567. 1585), die von den Gebr. Torelli besorgte Prachtausgabe der Digesten (Florenz 1553, ohne Glosse), die von Scrimger (Genf 1558), Contius (Paris 1559) und neuerdings von Heimbach jun. (*Authenticum Lips. 1851*) besorgten Ausgaben der Novellen. Eine sonst oft benutzte lateinische Uebersetzung der griechischen Novellen ist die von Hombergk zu Vach (Marb. 1717). Neben den Novellen ist es der Codex, dessen Text am meisten problematisch ist; zuerst von den Glossatoren, dann im 16. Jahrh. von Augustinus, Charondas, Cujacius und Contius, und neuerdings von Biener, Witte und Heimbach jun. sind manche Constitutionen aus griechischen Sammlungen, bez. den Basiliken (s. unten III. Theil.) wieder hergestellt worden: diese s. g. *leges restitutae* verrathen sich im *Corp. jur. civ.* an ihrer mangelhaften oder mangelnden In- und Subscription.

Die Handschriften, in denen uns Justinian's Rechtsbücher überkommen sind, haben verschiedenes Alter und Gewicht; am zahlreichsten sind die der Institutionen, unter diesen drei (etwa) aus dem 11. Jahrh. und nur das Veroneser Trifolium-Fragment über das 10. Jahrh. zurückreichend, während die älteste Handschrift der Digesten, welche ehemals zu Pisa, seit Anfang des 15. Jahrh. aber zu Florenz aufbewahrt wird (*lectio Pisana, litera Florentina*), aus dem 7. Jahrh. datirt; neben dieser aber müssen den Glossatoren noch andere selbständige Digesten-Handschriften (*litera vetus*) zu Gebote gestanden haben, aus welchen sie dann Handschriften mit gemischtem Text combinirten (*litera Bononiensis communis,* jetzt *lectio vulgata* genannt); von diesem Text ist noch der durch Gregor Meltzer (Haloander) frei aus der Florentina und Vulgata gebildete Text (*lectio Haloandrina s. Norica*) zu unterscheiden. Von den Handschriften des Codex reichen nur zwei ins 10. Jahrh. hinauf; vielleicht noch älter sind die in 71 Blättern bestehenden Bruchstücke eines zu Verona befindlichen Manuscripts. Die verschiedenen Novellensammlungen sind in (zum Theil) zahlreichen Handschriften erhalten, die aber oft sehr von einander abweichen. Keine Handschrift der übrigen Rechtsbücher läßt sich an Alter und Werth mit der Florentinischen Digestenhandschrift vergleichen.*

*) Das Weitere darüber gehört in die Pandektenvorträge.

Zu dieser ganzen Ausführung sind zu vergleichen: Glück Einleit. i. d. Studium d. Röm. Privatr. (1812), S. 215—252. Thibaut Lehrb. d. Gesch. u. Instit. des R. R. *ed. Guyet* (1842) S. 398—462. Schilling Lehrb. f. Instit. u. Gesch. I. § 38 ff. Puchta Cursus d. Institutionen, I. Bd. § 138—148. Marezoll Lehrb. d. Institutionen, § 43—46. Böcking Pandekten (Lehrb. d. Civilr.) 4. Aufl. (Bonn 1852), Anhang V. S. 12—22. v. Scheurl Lehrb. d. Institutionen, (Erlang. 4. Aufl. 1862) § 21. 22. Pachmann Vorschule des Röm. Rechts (Wien 1858). Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. Bd. § 121—124.

X. Kapitel.

Die Lehrmethode und Literatur des Römischen Rechts.

(Zu § 34-37)

I.

Die Lehrmethode.

Zu § **35**] Es lassen sich in der romanistischen Literaturgeschichte drei Perioden unterscheiden: in der ersten ward Stelle für Stelle, also nach *leges* und Paragraphen, erläutert (Glossen und Commentare*); in der zweiten nach der Titelfolge, indem immer der Lehrstoff eines ganzen Titels zusammengefaßt und innerhalb dieser Grenzen frei vorgetragen ward (s. g. Legalordnung), endlich in der dritten Periode in ganz selbständigen Systemen (freie dogmatische Methode). Um die Ausbildung dieser freieren Lehrmethode für das Röm. Recht haben sich Leibnitz und Chr. Thomasius anerkennenswerthe Verdienste erworben; aus neuerer Zeit sind Hugo, Heise und Puchta in dieser Beziehung hervorzuheben. Das letzte bedeutendere Werk nach der Digestentitelfolge ist der umfangreiche (aber im 29. Buche der Digesten stehen gebliebene) Commentar von Glück (-Mühlenbruch-Fein).

Die quantitative Gradation von Institutionen zu Pandekten ist bisher im academischen Cursus unwandelbar festgehalten worden, in den Schriftwerken dagegen zeigt sich ein merkwürdiges Schwanken. Puchta's Cursus der Institutionen besteht aus 3 Bänden, während sein Lehrbuch der Pandekten nur einbändig ist. Das (unvollendet gebliebne) Lehrbuch Schilling's für Institutionen schwoll im Fortgang immer mehr zu den Dimensionen eines Pandektenbuchs an. Endlich hat es Böcking beliebt, auf den Titeln seiner romanistischen Lehrbücher die Ausdrücke: Institutionen und Pandekten geradezu durcheinander zu mengen (s. unten No. II. sub. III).

Die s. g. äußere Rechtsgeschichte hat es hauptsächlich mit den Factoren der Rechtserzeugung zu thun, schildert also den Verlauf der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft und kann kurz als Geschichte der Rechtsquellen (s. oben Kap. 4) bezeichnet werden. Die innere

*) Der Titel „Commentar" kommt zuweilen auch für Werke der zweiten und dritten Gruppe vor; so nennen sich zwei der größten Pandektenlehrbücher, welche nicht paragraphenweise, sondern ganz frei oder titelweise erläutern, Commentare, nämlich Donellus Commentarii de jure civili (ganz freies System) und Glück Ausführliche Erläuterung der Pandekten, ein Commentar (nach der Titelfolge).

Rechtsgeschichte hat es weniger mit äußeren Ereignissen und concreten Thatsachen zu thun, wie die äußere, sie zeigt den stillen Gang des Werdens, Reifens und Verfallens der einzelnen Rechtsinstitute, die innere Entwickelung des Rechts, und kann daher kurz eine Geschichte der Rechtsideen genannt werden.

II.

Literatur:

Zu § 36] I. Commentare zu Justinian's Institutionen: Balduinus (zuerst 1554), Hotomannus (1560), Schneidewin (1632), Vinnius (1642) und dazu *Notae* von Heineccius (Francof. 1769), ferner Merillius (1654), Janus a Costa (1659), Paul Voëtius (1668), Otto (1729, zuletzt 1760), Schrader (1832).

II. Institutionenlehrbücher nach der Legalordnung: Huber *Praelectiones juris civilis* (1678, ed. Thomas 1687.); Westenberg *Principia juris* (1699); Heineccius *Elementa juris civilis sec. ord. Institutionum* (zuerst 1725., zuletzt von Biener ed. 1813); Höpfner Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen (ed. 8. von Weber 1818. Neuer Abdruck 1833); Th. M. Zachariae Institutionen des Röm. Rechts (Breslau 1816).

III. Institutionenlehrbücher nach freier systematischer Ordnung, (bez. in Verbindung mit Rechtsgeschichte): Vultejus *Jurisprudentiae Romanae libri II.* (Marb. 1590; zuletzt *ed.* 10. *cura Estoris* 1748); Struve *Jurisprudentiae Romano-Germanicae Forensis* (Jen. 1670. ed. Heineccius 1767); Madihn, *Institutiones juris civilis* (Hal. 1764), Institutionen des gesammten Privatrechts, ed. 2. (Bresl. 1814); Hofacker *Institutiones juris Romani* (Gott. 1773) und *Elementa juris civilis* (Gott. 1785); Schmalz Handbuch des Röm. Privatrechts (Königsb. 1793); Hugo Institutionen des heutigen Röm. Rechts (Berlin 1789), später unter dem Titel: Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts (ed. 7. 1826); Konopack Institutionen des Röm. Rechts (Jen. 1807; ed. 2. 1824); Warnkönig *Institutiones s. elementa juris Romani* (Lips. 1819, Bonn ed. 4. 1860); Haubold *Institutionum juris Romani historico-dogmaticarum lineamenta observationibus maxime literariis distincta* (Lips. 1814; ed. 2. von Otto 1826); Mackeldey Lehrbuch der Institutionen des heutigen Röm. Privatrechts (Gießen 1814; ed. 12. von Roßhirt 1842; ed. 14. von Fritz, Wien 1864; ins Latein. übersetzt von Hindenburg, Lips. 1847); Pernice Geschichte, Alterthümer und Institutionen des Röm. Rechts im Grundrisse (Halle 1821, ed. 2. 1824); Lang Lehrbuch des Justinianischen Röm. Rechts (Mainz 1830, ed. 2. 1837); Schilling Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Röm. Privatrechts, (Leipzig, I. Bd. 1. Lief 1834; II. Bd. 1837; III. Bd. 1846); Thibaut Lehrbuch der Geschichte und Institutionen des Röm. Rechts, (ed. Guyet, Berl. 1842); Burchardi Geschichte und Institutionen des Röm. Rechts (Kiel 1834), und Lehrbuch des Röm. Rechts (Stuttg. I. Thl. 1841; II. Thl. in 4 Abth. 1847); Mühlenbruch Lehrbuch der Institutionen des Röm. Rechts (Halle, 1842; ed. 2. von Wippermann 1847); Joh. Christiansen Institutionen des Röm. Rechts (Altona 1843); Böcking: 1) Grundriß zu Institutionenvorlesungen (Bonn 1832); 2) Institutionen, ein Lehrbuch des Röm. Privatrechts (Bonn 1843. I. Bd.; davon die 2. Aufl. 1853. unter dem Titel: Pandekten des Röm. Privatrechts oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts; dazu II. Bd., 1. Lief. Leipz. 1855)*; 3) Röm. Privatrecht, Institutionen des Röm. Civilrechts (2. Ausg. Bonn 1862); Marezoll Lehrbuch der Institutionen des Röm. Rechts (Leipz. 1839; 8. Aufl. 1866); Puchta** Cursus der Institutionen (Leipz. I. Bd. 1841; II. Bd. 1842; III. Bd. nach dem Tode ed. von Rudorff

*) Nicht zu verwechseln mit Böcking Ein Lehrbuch des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts im Grundrisse; 4. Ausgabe, Bonn 1852 (worin eigentliches Pandektenrecht enthalten ist).

**) Eine ältere fast verschollene Schrift Puchta's: Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen (München, 1829).

1847; spätere Ausgg. gleichfalls von Rudorff besorgt, I. u. II. Bd. in 6. ed. 1865., III Bd. in 5. ed. 1866); Deurer Grundriß für äußere Geschichte und Institutionen des Röm. Rechts (Heidelb. 1849); Erxleben Lehrb. des Röm. Rechts (I. Bd. Gött. 1854); von Scheurl Lehrbuch der Institutionen (Erlang. 1850; 4. Aufl. 1862); von Keller Grundriß zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten des Röm. Rechts. Mit einzelnen Ausführungen (Berlin 1854–58); Müller Lehrbuch der Institutionen (Leipz. 1859); Vering Geschichte und Institutionen des Röm. Privatrechts (Mainz 1865).

IV. Werke über Römische Rechtsgeschichte: Gravina *Originum (s. de ortu et progressu) juris civilis libri III.* (Lips. 1708. und öfter; ed. Mascov. 1737.; ed. Sergius Neap. 1756–58. Neue Ausg. mit Anmerkungen Lips. 1805; deutsche Uebersetzung von Weise. Hamb. 1798); Hummel Handbuch der Rechtsgeschichte, 3 Bde (Gieß. 1805. 1806); Haubold *Institutionum juris Romani historico-dogmaticarum lineamenta* (Lips. 1814; ed. Otto 1826); Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian (Berlin 1790; zuletzt ed. 11. 1832): als 3. Bd. des Lehrb. e. civilistischen Cursus; dazu Schilling Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte (Leipz. 1829), Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer mit erster vollständiger Rücksicht auf Gaius und die Vatican. Fragmente (Gött. 1822; 3. ed. von Gründler 1832); Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian (I. Bd. in 2 Abth. enthaltend die äußere Rechtsgeschichte und das Personenrecht 1826; III. Bd.: Civilproceß 1829; II. Bd. [Huschke?] fehlt noch); Klenze Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts, ein Grundriß (Berl. 1827; 2. ed. 1835); Holtius *Historiae juris Romani lineamenta* (Leodii 1830. 1840); Joh. Christiansen Die Wissenschaft der Röm. Rechtsgeschichte im Grundrisse (Bd. I. Alt. 1838); Danz Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts (2 Thle., Leipz. 1840. 1846; 3. Thl. d. h. Civilproceß fehlt noch); Walter Röm. Rechtsgeschichte bis Justinian (Bonn 1834–40; 3. ed. 1860 in 2 Bdn.); Guérard *Essai sur l'histoire du droit privé des Romains* (Par. 1841); Laferrière *Histoire du droit civil de Rome* (Par. 1846); Esmarch Röm. Rechtsgeschichte (Gött. 1856); Rudorff Röm. Rechtsgeschichte (Leipz. I. Bd. 1857: Rechtsbildung [aber nur aus dem Gesichtspunkt der äußeren Rechtsgeschichte], II. Bd. 1859: Civil- und Strafrechtspflege).

Schultz Grundlegung zu einer geschichtlichen Staatswissenschaft der Römer (Köln 1833); dazu Klenze Kritische Phantasien eines practischen Staatsmanns (Berl. 1834); Lenz Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts (Greifsw. 1854). — Ihering Geist des Röm. Rechts auf den verschiednen Stufen seiner Entwickelung (Leipz. I. Thl. 1852; 2. Aufl. 1866; II. Thl. in 2 Abth. 1854. 1858; 1. Abth. 2. Aufl. 1866; III. Thl., 1. Abth. 1865); Voigt Das *jus naturale, aequum et bonum* und *jus gentium* der Römer (I. und II. Thl. Leipzig 1856. 1858).

Bloß äußere Rechtsgeschichte enthalten: Brunquell *Historia juris Romano-Germanici* (Francof. ed. 2. 1730; zuletzt 1751); Terrasson, *Histoire de la jurisprudence Romaine* (Paris 1750); Heineccius *Historia juris civilis Romani ac Germanici* (Halle 1733., Argent. 1751; zuletzt mit Ritter's Noten ed. Silberrad 1765); Bach *Historia jurisprudentiae Romanae* (Lips. 1754; ed. 6. von Stockmann 1806); dazu Haubold *Historia juris Romani tabulis synopticis illustrata* (Lips. 1790); Dabelow Röm. Staats- und Rechtsgeschichte im Grundriß (Halle 1808); Gründler Handbuch der Röm. Rechtsgeschichte (Bd. 1. Bamb. 1821); Berriat-Saint-Prix *Histoire du droit Romain, suivie de l'histoire de Cujas* (Paris 1821); Warnkönig Vorschule der Institutionen und Pandekten (Freiburg i. Br. 1839; 2. Titelausg. 1854. enthält Quellen- und Literärgeschichte); Tigerström Die äußere Geschichte des Röm. Rechts (Berl 1841).

Bloß innere Rechtsgeschichte enthalten: Brissonius *Selectarum ex jure civili Antiquitatum libri IV.* Antv. 1556–1585; zuletzt ed. Trekell, Lips. 1741); Heineccius *Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma sec. ord. Institutionum* (Halle 1719; zuletzt ed. Haubold Frankf. 1822. und Mühlenbruch Frankf. 1841); de Selchow *Elementa antiquitatum juris Romani* (Gött. 1757; dann vermehrt unter dem Titel: *elementa juris Romani publici et privati antejustinianei* 1778); Tigerström Die innere Geschichte des Röm. Rechts (Berl. 1838).

V. Philologische und historische Schriften einschlagenden Inhalts sind: Brissonius *De verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione* (ed. Heineccius, Halle 1743); Ders. *De formulis et solennibus populi Romani libri VIII* (ed Bach, Lips. 1754); Nieupoort *Rituum qui olim apud Romanos obtinuerunt succincta explicatio* Traj. ad. Rhen. 1712; zuletzt Lugd. Bat. 1802); von Cilano Ausführliche Abhandlung der Röm. Alterthümer (ed. Adler, 4 Bde., Altona 1775. 1776.); Adam Handbuch der Röm. Alterthümer (aus d. Engl. v. Meyer, 2 Bde., ed 4. 1832.); Dirksen *Manuale latinitatis fontium juris civilis Romanorum, thesauri latinitatis epitome* (Berol. 1837-39).

Gibbon *History of the decline and fall of the Roman empire* (12 Thle); dazu Gibbon's historische Uebersicht des Röm. Rechts oder das 44. Capitel der Geschichte des Verfalls des Röm. Reichs. Aus dem Engl. übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von Hugo (Gött. 1789); de Beaufort *La république Romaine* (2 tom. 1766; übersetzt Danzig 1775); Niebuhr Röm. Geschichte 1811. 1812; in 3 Thln ed. 4. Berlin 1833. 1836. 1843. Dazu (auch als 4. u. 5. Theil benannt) Schmitz, Röm. Geschichte v. d. 1. pun. Kriege bis z. Tode Constantins mit e. Einleit. üb. d. Qellen u. d. Studium d. Röm. Gesch., nach Niebuhr's Vorträgen bearbeitet, aus dem Engl. übersetzt u. mit Anm. versehen von Zeiß, 2 Bde, Jena 1844. 1845; — Niebuhr Vorträge üb. Röm. Geschichte,* ed. Isler, Berl. 3 Bde, 1846-8. (auch als 1. Abth. der histor. u. philol. Vorträge Niebuhr's benannt); derselbe Vorträge üb. alte Länder- u. Völkerkunde, ed. Isler, Berl. 1851. — Eggo Der Untergang der Naturstaaten, Briefe über Niebuhr's Röm. Geschichte (Berl. 1812); Wachsmuth, Die ältere Geschichte des Röm. Staates (Halle 1819); Bischoff Geschichte der Römer mit besonderer Rücksicht auf ihr Recht u. s. w. (Bd. 1. Leipzig 1825); C. H. Preller Röm. Reich und Recht (Hamb. 1825); K. O. Müller Die Etrusker (Bresl. 1828); Eisendecher Ueber die Entstehung, Entwickelung und Ausbildung des Bürgerrechts im alten Rom (Hamb. 1829); Hüllmann Röm. Grundverfassung (Bonn 1832) und Ursprünge der Röm. Verfassung (Bonn 1835); Ernesti Das Römerreich vom Ursprunge des Staats bis zum Untergange der Weltherrschaft Roms (Leipz. 1836); Rubino Untersuchungen über Röm. Verfassung und Geschichte (2 Thle, Cassel 1839); von Kobbe Röm. Geschichte (1840 ff.); Hoeck Röm. Geschichte (1841 ff.); Göttling Röm. Staatsverfassung (Halle 1840); Abeken Mittelitalien vor den Zeiten der Röm. Herrschaft (Stuttg. 1843); Gerlach und Bachofen Die Geschichte der Römer. I. Bd. (Basel 1851); Bormann Altlateinische Chorographie und Städtegeschichte (Halle 1853); Bröcker Glaubwürdigkeit der altröm. Geschichte (Basel 1855. 2. Aufl. 1862.); Peter Geschichte Rom's (Halle, Bd. I. II. 2. Aufl. 1865. 1866.); Schwegler Röm. Geschichte (Tüb. 3 Bde. 1853. 1856. 1858.); Th. Mommsen Röm. Geschichte** (Berl. 3 Bde. 1854-58, 4. Aufl. 1865. 1866); Ders. Röm. Forschungen (1. Bd. Berl. 1864); (L. Napoleon) Geschichte Julius Cäsars. Vom Verfasser autorisirte Uebersetzung (1. u. 2. Bd. Wien 1865. 1866).

Rein Das Röm. Privatrecht und der Civilproceß bis in das erste Jahrhundert der Kaiserzeit (Leipz. 1836); Verm. Aufl. unter d. Titel: Das Privatrecht und der Civilproceß der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus (Leipz. 1858); Lange Röm. Alterthümer† Berl. 1. Bd. in 2. Aufl. 1863., 2. Bd. 1862.); Becker Handbuch der Röm. Alterthümer (Leipzig, Thl. I. u. II. Abth. 1. u. 2. 1843-1846, enthaltend Quellen, Topographie, Ursprung, Volksgliederung, bürgerliche Verfassung. — Fortgesetzt von Marquardt Thl. II. Abth. 3. bis Thl. V. Abth. 1. 1849-1864. enthaltend: bürgerliche Verfassung unter den Kaisern, Italien und die Provinzen, Staatshaushalt und Militärwesen, Gottesdienst, Privatalterthümer und zwar zunächst Familie und Haus); E. Kuhn Die städtische und bürgerliche Verfassung des Röm. Reichs bis auf die Zeiten Justinians (2 Thle., Leipz. 1864. 1865); Hartung Die Religion der Römer, 2 Thle. (Erlang. 1836); L. Preller Röm. Mythologie (Berl. 1858); Guhl und Koner Das Leben der Griechen und Römer nach antiken

---

*) Zu unterscheiden von: Niebuhr Vorträge über die alte Geschichte mit Ausschluß der Röm. Gesch., ed. M. Niebuhr, Berl. 3 Bde, 1847-51.

**) Ich citire im Verfolg Mommsen immer nach der 4. Aufl.

†) Ich citire im Verfolg von Lange immer den 1. Bd. der 2., und 2. Bd. der 1. Aufl.

Bildwerken dargestellt; 2. Hälfte: Römer. Berl. 1861; 2. Aufl. 1864); Friedländer Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine (Leipz. 1. Thl., ed. 2. 1865., 2. Thl. 1864); Mommsen Geschichte des Röm. Münzwesens (Berl. 1860).

VI. Sammlungen von Rechtsquellen, hauptsächlich von solchen, welche nicht im *Corpus juris civilis* enthalten sind: Schulting *Jurisprudentia vetus antejustinianea* (Lugd. Bat. 1717); Bethmann-Hollweg, Böcking u. Cons. *Corpus juris romani antejustinianei* (s. g. Bonner *Corpus juris:* Bonn, 2 Fascikel 1835. 1837.); G. Haenel *Corpus legum ab Impp. Romanis ante Justinianum latarum* (Lips. 1857. 58. 4); Demelius *Legum quae ad jus civile spectant fragmenta in usum praelectionum collegit* (Weimar, 1857); Gneist *Institutionum et regularum juris Romani syntagma, exhibens Gaii et Just. Instit., Ulp., Paul., XII tab.* (Lips. 1858); Bruns *Fontes juris Romani antiqui in usum praelectionum.* (Tub. 1860); Huschke *Jurisprudentiae Antejustinianae quae supersunt. In usum maxime academicum* (Lips. 1861). Letztere zwei Bücher ergänzen einander, indem Bruns hauptsächlich die *leges* (nebst Urkunden und nichtjuristischen Schriftstücken), Huschke das *jus* (wissenschaftliche Werke der Juristen) gibt.

VII. Zeitschriften für Rechtsgeschichte: Hugo civilistisches Magazin (6 Bde., Berl. 1790-1832); Zeitschrift für geschichtliche Rechtwissenschaft, von v. Savigny, Eichhorn und Goeschen begründet (Berl. 15 Bde. 1815-1850); Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie etc. (Bonn 1827; vom 2. Jahrgang an erschien die juristische Abtheilung getrennt unter d. Titel: Rhein. Museum für Jurisprudenz, Bonn 1828-1831; vom 5. Jahrgang an auch unter d. Titel: Neues Rhein. Museum für Jurisprudenz 1-3. Bd. 1833. 1834.); K. u. W. Sell, Jahrbücher für histor. u. dogmat. Bearbeitung des Röm. Rechts (3 Bde., Braunschw. 1841-45); Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther (Leipz. 6 Bde., 1857-1863); Zeitschrift für Rechtsgeschichte ed. Rudorff, Bruns, Roth etc. (Weimar, 1-6. Bd., 1861-1867).

XI. Kapitel.

Die Rechtsanschauung der Römer im Allgemeinen.

(Zu § 38-41)

Rechtsphilosophische Aeußerungen Cicero's.

Zu § **39**] Die Begriffe der *sapientia, philosophia, justitia* und *jurisprudentia* gehen bei den Römern frühzeitig ineinander über; Pomponius nennt unter den ältesten Rechtsgelehrten Rom's den Sempronius und den P. Atilius und erzählt von beiden, daß das Röm. Volk sie mit dem Beinamen des Weisen beehrt habe (*fr. 2. § 37. 38. D. de O. J. 1, 2*); Labeo, der erste Jurist der Augusteischen Zeit und vielleicht der schöpferischeste Geist unter allen Röm. Rechtsgelehrten, war Jurist und Philosoph zugleich, und mit Recht bemerkt Ihering II. § 41. S. 414., daß die Jurisprudenz den Römern ihre nationale Philosophie gewesen sei.

Auctor ad Herennium II, 13: „Constat jus ex his partibus: natura, lege, consuetudine, judicato, aequo et bono, pacto. Natura jus est, quod cognationis aut pietatis causa observatur; quo jure parentes a liberis et a parentibus liberi coluntur. Lege jus est id, quod populi jussu sancitum est: quod genus, ut in jus eas, quum voceris. Consuetudine jus est id, quod sine lege, aeque ac si legitimum sit, usitatum est; quod genus, id, quod argentario tuleris expensum, a socio ejus recte repetere possis. Judicatum est id, de quo sententia lata est, aut decretum interpositum. Ex aequo et bono jus constat, quod ad veritatem et utilitatem communem

videtur pertinere; quod genus, ut major annis 60. et cui morbus causa est, cognitorem det. Ex eo vel novum jus constitui convenit ex tempore et hominis dignitate. Ex pacto jus est, si quid inter quos convenit.“ Dazu Cic. Topica c. 7.

Cicero Orator. partit. c. 37: „Aequitatis autem vis est duplex: cujus altera directa et veri et justi et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet: quod in beneficio gratia, in injuria ultio nominatur. Atque haec communia sunt naturae atque legis: sed propria legis et ea, quae scripta sunt et ea, quae sine literis, aut gentium jure aut majorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud .... hoc inprimis, ut nostros mores legesque tueamur, quodommodo naturali jure praescriptum est.“

Cicero de invent. II, 21: „Jus ex quibus rebus constet, est considerandum. Initium ejus ab natura ductum videtur: quaedam autem ex utilitatis ratione, aut perspicua nobis aut obscura, in consuetudinem venisse: post autem, approbata quaedam, aut a consuetudine aut a vero utilia visa, legibus esse firmata: ac naturae quidem jus esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.“ II, 53: „Quod propter se petitur, honestum nominabimus ... Virtus habet partes quatuor: prudentiam, justitiam, fortitudinem, temperantiam ... Justitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem. Ejus initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. Natura jus est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem etc.“ Dazu *de finib. V, 23.* und *or. pro Milone c. 4.*

Cicero de legib. I, 10: „Intelligi, nos ad justitiam esse natos, neque opinione, sed natura constitutum esse jus. Id jam patebit, si hominum inter ipsos societatem conjunctionemque perspexeris“. I, 12: „Quibus ratio (qua una praestamus belluis) a natura data est, iisdem etiam recta ratio data est; ergo et lex, quae est recta ratio in jubendo et vetando: si lex, jus quoque.“ II, 4: „Neque esse mens divina sine ratione potest, nec ratio divina non hanc vim in rectis pravisque sanciendis habere ... nec si regnante Tarquinio nulla erat Romae scripta lex de stupris, idcirco non contra illam legem sempiternam Sex. Tarquinius vim Lucretiae attulit. Erat enim ratio profecta a rerum natura, et ad recte faciendum impellens et a delicto avocans: quae non tum denique incipit lex esse, quum scripta est, sed tum, quum orta est. Orta autem simul est cum mente divina. Quamobrem lex vera atque princeps apta ad jubendum et ad vetandum, ratio est recta summi Jovis“. II, 6: „Lex autem illa neque tolli neque abrogari potest.“

Cicero de republ. III, 22 (nach Lactant. Inst. VI, 8): *Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat, quae tamen neque probros frustra jubet aut vetat, nec improbos jubendo aut*

vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest . . . et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et Imperator omnium Deus; ille legis hujus inventor, disceptator, lator, cui qui non parebit, ipse se fugiet."

Vergl. Schulting Oratio III. *De jurisprudentia Ciceronis*, in den *Commentat. academ. P. II. p. 73—118.* E. Platner *De iis partibus librorum Ciceronis rhetoricorum quae ad jus spectant* (Marb. 1831). Rossbach Perioden der Rechtsphilosophie (1843) § 17. 18. Laferrière *Histoire du droit civil* (1846) cap. 7. Voigt die Lehre vom *jus naturale, aequum et bonum* und *jus gentium* der Römer (Leipz. 1856), I. Thl. S. 176—228. 529—546. Deuerling, Cicero's Bedeutung für die röm. Literatur (Augsb. 1866) S. 15. 19. 53. 88ff. —

Auch der Jurist Paulus bezeichnet einmal die *ratio naturalis* als *„quasi lex quaedam tacita"* (*fr. 7. pr. D. de bonis damnator. 48, 20*) und deutet auf die Unwandelbarkeit gewisser Grundprincipien der Rechtsordnung hin, wenn er sagt: *„Jus pluribus modis dicitur; uno modo, cum id, quod semper aequum ac bonum est, jus dicitur; ut est jus naturale"* (*fr. 11. D. de J. et J.*). Das *bonum* bildet in der Vorstellungsweise der classischen Jurisprudenz die stete Begleitung des *aequum*, z. B. in *fr. 32. D. de reb. cred. 12, 1* (Celsus), *fr. 6. § 2. D. de jure dot. 23, 3* (Pompon.), *fr. 14. § 6. D. de religios. 11, 7* (Ulp.); es ist der Nimbus um das Haupt der *Justitia*.

XII. Kapitel.

Die Grundlehren der Römer über ihr positives Recht, dessen Bestandtheile, Geltung und Anwendung.

(Zu § 42-46)

I.

Das *jus gentium* und *jus naturale*.

Zu § **43**] Der Gedanke, daß in der Sphäre der *naturalis ratio* zwei Elemente: *jus naturale* und *jus gentium*, unterschieden werden können, war der früheren Jurisprudenz noch nicht klar geworden (vergl. dazu *Cic. orator. partit. c. 37.* u. *Isidor. Origin. V, 6.*); noch Gaius in der Mitte des 2. Jahrh. hielt an dem einfachen Dualismus (*jus civile* und *jus gentium*) fest; einzelne Andeutungen eines Unterschieds aber finden sich schon bei Cicero (s. Voigt, das *jus naturale etc.* I. S. 66ff., S. 215ff.); bei Ulpian, also 100 Jahre später, liegt das trilogische Dogma ausgebildet vor, und man kann es nicht mit v. Savigny (System I. S. 413—420) für einen bedeutungslosen Einfall jenes Koryphäen der Jurisprudenz halten, denn es ruht auf einem großen historischen Hintergrund (goldnes Zeitalter! vergl. Schwegler Röm. Gesch. I. S. 213. 214.), ist zu scharfer Begrenzung der Sphären (*gentium discretio, servitus* und *manumissio*, *captivitas* und *postliminium*) ausgeprägt und gibt anerkannten Rechtsinstituten von bedeutender Tragweite (*peculium, obligatio naturalis servorum*) eine dogmatische Grundlage. Allerdings fin-

den wir bei einigen Juristen noch bloß das *jus naturale* oder das *jus gentium* dem *jus civile* gegenübergestellt, allein doch nur dann, wenn gerade dieser besondere Gegensatz in Betracht kam; es darf eine bloße Ignorirung nicht ohne Weiteres als Negirung des dritten Gliedes verstanden werden; stellt doch selbst Ulpian zuweilen, z. B. in *fr. 32. D. de R. J.*, nur das eine Glied dem *jus civile* gegenüber. Ausdrücklich aber unterscheidet auch Tryphonin (*fr. 64. D. de cond. ind. 12, 6* u. *fr. 31. pr. D. depositi 16, 3.*); Hermogenian (*fr. 5. D. de J. et J.*) schließt sich unverkennbar gleichfalls dem Ulp. an, und vielleicht läßt sich auch Paulus dafür anführen, welcher in *fr. 11 D. de J. et J.* das *jus naturale* durch das *semper aequum ac bonum* (was vom *jus gentium*, *servitus* u. s. w. nicht ausgesagt werden könnte) karakterisirt und neben dem *jus naturale* und *civile* das *jus honorarium* (*gentium!*) aufführt. Vergl. Donell. *Commentar. jur. civ. I, 6.* Dirksen, Rhein. Museum I. S. 1—50. Schilling Institut. II. § 9. Voigt, *Jus naturale I.* S. 270—344.

II.

Mos et consuetudo.

Zu § 44] Eine ausgebildete Theorie des Gewohnheitsrechts, etwa der Art, wie sie von der Doctrin unserer Zeit zu Tage gefördert worden ist, fehlte der Röm. Jurisprudenz.* Die Quellen betonen das äußere Moment der Niederschrift (*jus non scriptum*), deren Mangel doch nicht Kriterium, sondern nur ein unzuverlässiges Symptom seyn kann. Außerdem blickt in den Begriffsbestimmungen meistens eine Reminiscenz an die alte gesetzgeberische Thätigkeit des *populus Romanus* durch, und man trifft römische Juristen auf derselben Fährte, auf welcher die moderne Theorie des vorigen Jahrhunderts zur Idee eines stillschweigenden, auf den vermuthlichen Willen des Gesetzgebers gegründeten Gesetzes gerieth. — Julian schildert die *inveterata consuetudo* als das, *quod populus sine ullo scripto probavit et rebus ipsis et factis declarat* (*fr. 32. § 1. D. de leg. 1, 3*), den Satz des Gewohnheitsrecht nennt Isidor 5, 8: *jus quoddam moribus institutum*, Hermogenian: *longa consuetudine comprobatum* (*fr. 35. D. de leg. 1, 3*), Celsus: *consuetudine obtentum* (*fr. 39. eod.*), Julian: *moribus constitutum*, *moribus et consuetudine inductum* (*fr. 32. eod.*), Pomponius: *moribus introductum* (*fr. 8. D. de ritu nupt. 23, 2*), Ulpian: *moribus receptum* (*fr. 1. D. de don. i. V. et U. 24, 1*). Ganz besonders betont Paulus (in *fr. 36. D. de leg. 1, 3*) das hohe Ansehn des Gewohnheitsrechts, freilich das Moment der mangelnden Niederschrift in ziemlich problematischer Weise verwerthend.

Eine feine Bemerkung ist die des Ulpian in *fr. 34. eod.*: *„explorandum, an etiam contradicto aliquo judicio consuetudo firmata sit.“* Eine junge nicht gesicherte Rechtsidee muß im Kampf das Recht ihres Daseyns erweisen. Wenn sie Gegenstand der Anfechtung geworden und Siegerin ist, so hat sie dadurch gerade sich bewährt, und was bewährt ist, das gilt und dauert. Kranke oder lose Bäume brechen in dem Sturme, welcher gesunde oder tief wurzelnde befestigt.

*) s. unten Excurse zu § 177—187. No. III. a. E.

Erster Theil.

Die Geschichte

des Römischen Rechts- und Staatswesens

bis zur Höhe der Römischen Jurisprudenz.

ERSTES BUCH.

Ausgangspunkte und Umrisse.

Erster Abschnitt.

Rom's Vor- und Urzeit.

I. Kapitel.

I. Italiens Völker und Lage Rom's.

(Zu § 47-50)

Zu § **50**] Auf der breiten durch Niebuhr gelegten Basis ruhen in der Hauptsache noch die Darstellungen bei Göttling, Puchta und Becker. Seit einem Jahrzehend aber ist durch die in Vielem übereinstimmenden Forschungen Anderer die frühere Annahme eines pelasgischen Bevölkerungselementes in Italien (Tyrrhener im Norden, Siculer und Daunier in der Mitte, Oenotrer im Süden) beseitigt und den s. g. Casci, Prisci und Aborigines der Schein besonderer Völkerschaften genommen worden. Die letzteren sind weiter nichts als sagenhafte Ethnificationen geschichtlicher Entwicklungsphasen. In den abrundenden Darstellungen der neuesten Forschung, welche bei Schwegler, Mommsen und Lange gefunden werden, ist festgehalten, daß die Bevölkerung von Mittelitalien sich in drei Hauptstämme auseinanderlegte, welche etwa der hellenischen Trias der Aeolier, Jonier und Dorier, oder der germanischen Trias der Schwaben, Franken und Sachsen verglichen werden könnten: das sind die Umbrer, Sabeller und Latiner. Sie gehören zum indogermanischen Sprachstamm; die Reihenfolge aber, in welcher die Völker dieses Stammes in Europa eingewandert sind, ist nach Pott (*Indogerm. Sprachstamm S. 89*) folgende: 1) Iberer, 2) Illyrier und Thraker, 3) Hellenen und Italiker, 4) Kelten, 5) Germanen, 6) Slaven.

Die Zusammengehörigkeit der „umbrisch-sabinisch-oskisch-latinischen Sprachfamilie" ist zuerst von A. W. Schlegel, R. Lepsius, Klenze und O. Müller angenommen (*s. Schwegler R. Gesch. I. S. 175*) und seitdem immer deutlicher gemacht worden. „Die Völker und Stämme, die wir beim ersten Licht der dämmernden Geschichte in Italien vor-

3*

finden, gehören, wenn nicht alle, doch bei weitem zum größten Theile, dem indogermanischen Stamme an. Sie können folglich, da die ursprüngliche Heimath des indogermanischen Urvolks in Asien zu suchen ist, nicht Autochthonen der italischen Halbinsel seyn, sondern sind als Einwanderer dahin gekommen und haben sich durch Eroberung in den Besitz des Landes gesetzt. Und zwar sind jene Einwanderungen, wie unbedenklich angenommen werden kann, nicht über das Meer oder zu Schiff, sondern auf dem Landwege, also vom Norden der Halbinsel her, vor sich gegangen. Eine dunkle Erinnerung an diese Vorgänge, namentlich daran, daß jene Völkerzüge vom Norden her gekommen sind und sich stoßweise immer wieder gegen Süden vorgeschoben haben, hat sich in der Sage von den Siculern erhalten. Wahrscheinlich ist ferner, daß die italischen Stämme indogermanischen Geschlechts zusammen und als Eine Nation in Italien eingewandert sind, und daß die dialektische Differenzirung und Verzweigung ihrer Sprache erst in Italien vor sich gegangen ist." (Schwegler a. a. O. S. 194). Die alten Siculer in Latium und ihre Verschiebung nach der sicilischen Meerenge erklärt Schwegler (I. S. 211) für ein ungelöstes Problem; vielleicht war sie eine Folge des Vordrängens der Etrusker. Eine andere Völkerbewegung ist die wohl von den Umbrern im Nordosten ausgehende. „Mehr als Eine Völkerwelle ist vor Alters aus den engen Thälern der Abruzzen in die breite fruchtbare Ebene Latium's hinabgeflutet, und es ist ohne Zweifel nur zufällig, daß jene Einwanderung der reatinischen sogenannten Aboriginer sich vorzugsweise im historischen Angedenken erhalten hat." „Die Aussendung heiliger Lenze war das Hauptmittel der raschen und energischen Ausbreitung des sabinischen Stammes. Das Sprachgebiet dieses Stammes umfaßte zur Zeit seiner Blüte halb Italien", sagt Schwegler (I. S. 241), und er leitet von einer dieser Aussendungen die Theilnahme der Sabiner an der Entstehung Rom's ab. „Sie sandten Pflanzvölker in die untern Tiberlande, gründeten hier zahlreiche Niederlassungen, unter denen besonders die Stadt Cures genannt wird, und schoben endlich ihre Ansiedlungen dem Flußthal des Tiber entlang so weit vor, daß sie nur noch 240 Stadien vom tyrrhenischen Meer entfernt waren. Die vorgeschobenste ihrer Niederlassungen war diejenige auf dem nachmals s. g. quirinalischen Hügel: sie war, wie die Sage berichtet, eine Aussendung von *Cures*, und vereinigte sich nachmals mit der latinischen Niederlassung auf dem Palatin zu einem auf Vertrag gegründeten Föderativstaat. Man darf diesen Ueberlieferungen, im Allgemeinen wenigstens, unbedenklich Glauben schenken" (Schwegler I, S. 243).

Rücksichtlich der Etrusker hält Schwegler für wahrscheinlich, dass sie, obschon der umbrischen Völkerfamilie fremd, doch dem indogermanischen Sprachstamme angehörten, und sagt: „Man darf annehmen, dass die Einwanderung der Etrusker die letzte jener vorhistorischen Einwanderungen war, durch welche Italien seine nachmalige Bevölkerung erhalten hat: denn die Einwanderung der Kelten und

die Stiftung der griechischen Colonien in Unteritalien fällt schon in die halb historische Zeit" (I. S. 268). Die von den rasenischen Eroberern unterjochte und zu Hörigen gemachte Grundbevölkerung Etruriens müsse den Sabinern stammverwandt gewesen seyn (I. S. 270); der Einfluß des Etruskischen auf die Ausprägung der Römischen Nationalität sei ein ziemlich geringer geblieben (I. S. 273), weder *Atrium* noch *Toga*, weder die Larenreligion noch die Auguralsdisciplin Rom's ist von dort entlehnt (I. S. 275); nur die formale Ausbildung der Lehre vom *Templum* und von der Landesvermessung, die Haruspicin, die bauliche Kunsttechnik und manches Cärimonial scheinen von dort gekommen (I. S. 277).

Die Romulische Niederlassung ist nach Schwegler's Ansicht nicht die erste. „Dürften wir der Sage glauben, so hätten um den Besitz dieser Hügel schon in unvordenklicher Zeit erobernde Stämme mit der alten eingebornen Bevölkerung gekämpft . . . Es sollen ureinwohnende Siculer auf diesen Hügeln gesiedelt und eine Stadt Namens Rom bewohnt haben: darauf sollen die s. g. Aboriginer aus Reate die Siculer von dort vertrieben, deren Wohnsitze eingenommen und namentlich auch auf dem palatinischen Berge sich niedergelassen haben; darauf gründet, wie erzählt wird, auf diesem selben Berge der Arkadier Euander eine Colonie; zu gleicher Zeit soll eine andere Griechenschaar im Gefolge des Hercules nach Latium gekommen seyn, auf dem saturnischen Hügel sich niedergelassen und dort die Stadt Saturnia gegründet haben; endlich soll auch auf dem Janiculus eine vorrömische Stadt gestanden haben: Plinius nennt sie Antipolis. Rechnet man zu diesen Niederlassungen die Romulische hinzu, so hat Dionysius (I, 73) der Sache kaum Genüge gethan, wenn er nur eine zwei- bis dreimalige Gründung annimmt." (Schwegler I. S. 351). Vergl. dazu Lange Alterth. I. S. 73. Rom ist nicht als eine Colonie Alba's anzusehen (Schw. I. S. 452), wohl ebensowenig als eine Secession von da (I. S. 455). Nach der Grundvorstellung der Römischen Sage war die gründende Bewohnerschaft des Palatin Hirtenvolk (I S. 457), allerdings latinischen Stammes; „dass die Sabiner des Tatius ursprünglich auf dem Quirinal gesiedelt haben, ist eine Tradition, die allen Glauben verdient" (I. S. 480). „Der Kampf beider Niederlassungen endigte mit ihrer Vereinigung zu einem Föderativstaat: unter welchen Umständen und nach welchen Vorgängen, bleibt dunkel. Nach der Sage geht jene Union sehr rasch von statten: nach innerer Wahrscheinlichkeit hat sie sich viel langsamer vollzogen. Das Verhältniß der verbundenen Völker war anfänglich wohl nur ein föderatives, isopolitisches: sie bildeten nicht ein einheitliches Gemeinwesen, sondern eine Eidgenossenschaft. Man sieht dies schon daraus, dass jeder der beiden Staaten seinen eignen König behält" (I. S. 488). Doch scheint für eine ursprüngliche Unterterordnung der Römer unter die Sabiner eine Reihe von Spuren zu sprechen (I. S. 492). Der Stamm der Luceres endlich kann nicht aus Etruskern bestanden haben. „Nur der Hinzutritt der Albaner kann es seyn, was zum

Stamme der Luceres den Grund gelegt hat. Und dies ist das relativ Wahrscheinliche. Die nach der Zerstörung Alba Longa's, an welcher Rom keinen Theil gehabt zu haben scheint, nach Rom übergesiedelten und auf dem Caelius ansässig gewordenen Albaner constituirten, als sie zum Föderativ-Staate der Römer-Sabiner hinzutraten, die dritte Stammtribus" (I. S. 512).

Auf eine eigentlich geographisch-ethnische Motivirung des Ursprungs und Aufblühens Rom's geht Schwegler nicht ein; hier ist es, wo Th. Mommsen überraschende Gesichtspunkte eröffnet, die zugleich in ihrer besonderen Begründung neu sind, obschon einzelne Andeutungen von einem Rom beherrschenden Handelstriebe schon früher laut geworden waren (z. B. bei Schultz Grundlegung zu einer Staatswissenschaft der Römer S. 134). Mommsen's Hypothese von dem mercantilen Ursprunge Rom's widerspricht scharf dem bisherigen überlieferten Bilde, welches die Geschichtschreibung vom Ursprunge Rom's entworfen hat; doch fehlt es nicht an Anhaltspunkten; aus Livius ist einer der bedeutendsten die vom Sabinerkriege des Tullus Hostilius handelnde Stelle (Liv. I, 30): *Tullus ad Feroniae fanum mercatu frequenti negotiatores Romanos comprehensos querebatur;*

Auch Mommsen unterscheidet drei italische Urstämme, die er Japyger, Etrusker und Italiker nennt. Die Japyger sind die Messapier Schwegler's, dieselben, welche Kirchhoff (Allgem. Monatsschrift für Literatur 1852. S. 598) mit dem Collectivnamen Siculer genannt wissen wollte. Mommsen erkennt den Japygischen Dialect als einen vorgriechischen und vom Oskischen verschiedenen (Unterital. Dialecte S. 85. 363). Unter den Italikern unterscheidet er einen westlichen (Lateiner) und einen östlichen Stamm, welcher sich wieder in Umbrer und Osker schied (Röm. Geschichte, I. Kap. 2.), und er vermuthet, dass die Lateiner vor jenen ihre Plätze in der Ebene einnahmen (I. Kap. 3. u. 8.). Er verwirft die s. g. Römische Ursprungssage, in der ein städtegründendes Hirten- und Jägervolk auftritt (I. Kap. 2.), und lässt, indem er sich die Sesshaftwerdung der Latiner am Albanergebirge und meerwärts als eine allmähliche Zusammensiedelung grösserer Geschlechtergenossenschaften, die sich um gemeinsame Burgen und Gerichtsstätten sammelten und zu einem Gaubunde zusammentraten, denkt (I. Kap. 3), Rom selbst aus synökistischer Verschmelzung dreier Gaue: der latinischen Ramner und Lucerer und der sabinischen Titier hervorgehen; die latinische Nationalität drückte der Bürgerschaft ihren Stempel auf. Hieran nun knüpft Mommsen die Vermuthung, Rom sei so früh zu seiner hervorragenden politischen Stellung innerhalb Latium dadurch gelangt, daß es strategisch fest und commerciell günstig gelegen, zwar vielleicht die jüngste unter den latinischen Städten und eine mehr gemachte als gewordene Stadt, sich vorzugsweise zum Emporium für den latinischen Fluss- und Seehandel eignete, und dadurch als städtisches Gemeinwesen rasch aufblühte. Daß die später mit Rom verwachsene Ansiedelung auf dem Quirinal eine sabinische (von Cures aus)

gewesen, erklärt Mommsen (gegenüber Schwegler I. S. 480) für gänzlich unerwiesen, wenn auch im Allgemeinen für möglich. Längere Zeit hätten sich die Bergrömer vom Palatin oder von der eigentlichen Siebenhügelstadt (Montani) und die Hügelrömer vom Quirinal (Collini) als befehdende Gemeinwesen gegenübergestanden, aber dann die ersteren ein Uebergewicht gewonnen (Kap. 4.). Von der Tuskischen Sprache bemerkt er, daß sie von den sämmtlichen griechisch-italischen Idiomen eben so weit abstand, wie die Sprache der Kelten und der Slaven; „so wenigstens klang sie den Römern: tuskisch und gallisch sind Barbarensprachen, oskisch und volskisch Bauernmundarten. Die Etrusker, sagt schon Dionysios, stehen keinem Volke gleich an Sprache und Sitte; und weiter haben auch wir nichts zu sagen. Höchstens deuten einzelne Spuren darauf hin, daß die Etrusker den Indogermanen beizuzählen sind" (Kap. 9).

Lange (Röm. Alterthümer) schließt sich den Forschungen von Schwegler und Mommsen an, indem er hier und da zu vermitteln sucht; jedoch rücksichtlich der Japyger stellt er die Möglichkeit überseeischer Einwanderung von Hellas her in den Vordergrund, die Siculi hält er für eine Abzweigung der Latini, ebenso die Ausones in Campanien (beide wurden hellenisirt: § 23), endlich die alten Tusci für einen Zweig der Umbrer, von denen die stammfremden und (sowohl den Latinern als den Umbrern) nationalfeindlichen Etrusker, d. h. die von Norden eindringenden barbarischen *Rasennae*, welche dann den Namen der Unterjochten angenommen haben mögen, zu unterscheiden sind. In den Resten der voritalischen Bewohner oder Autochthonen findet Lange ein Element der sabinischen und latinischen Clientel, in den Resten der umbrischen Tusci ein Element der Römischen Plebs (§ 24). Nach seiner Ansicht ist *Rama* der Urname der Stadt Rom gewesen. Ueber die Gründe des raschen Aufblühens Rom's stimmt er mit Mommsen ziemlich überein, ebenso über die Unterscheidung einer ältesten städtischen Ansiedelung der Ramnes auf dem Palatin (*Roma quadrata*, das Palatinische oder Romulische Rom) und einer später mit ihm zusammenwachsenden sabinischen Gemeinde (§ 26): nur daß Lange hier das sabinische Element mehr betont, die Abstammung desselben aus Cures völlig verwirft, und es vielmehr mit dem allgemeinen Vordringen sabellischer Stämme von den Gebirgen nach der Westküste zu in Verbindung bringt. Quirites hießen nach Lange die vereinigten Ramnes und Tities (Kreis der altbürtigen Geschlechter), weil sie in *curiae* gegliedert und nur durch diese vereinigt waren; Numa's Thätigkeit mag der engeren Verbindung beider Gemeinwesen gegolten haben (§ 27). Die Luceres (neubürtigen Geschlechter) endlich sind übergesiedelte Albaner, welche das progressive Element in Rom verstärken halfen (§ 28). —

Nie ist Rom eine eigentliche Kaufmannsstadt gewesen oder geworden, nie hat das Römervolk sich als ein Handelsvolk erwiesen;* Rom's

*) vergl. unten Excurse zu § 97—102. No. V. u. Excurse zu § 193—199. No. I.

Ursprung und Genius kann also nicht durch Handelszwecke bestimmt worden seyn, wenn man anders nicht annehmen will, daß die schöpferische Ursache und das innerste Wesen des Römerthums weit auseinander gefallen sind. Nicht der mercantile, sondern der militärische Geist muß Rom's Anfänge regiert haben. Unter diesem Gesichtspunkte kann man zunächst daran denken, daß in Rom das Aufeinanderstoßen der Sabiner und der Latiner, welche etwa nach jener Gegend ein *ver sacrum*, eine Colonie entsendet hatten, dort auf den Tiberhöhen beiderseits ihre burgähnlichen Stationen hielten, sich befehdeten, dann vertrugen und verschmolzen, in besonderer Weise von Statten ging: diese Annahme würde sich trefflich in das Bild fügen, welches wir uns von dem nach der latinischen Ebene zu vordringenden Sabinervolke machen (s. Schwegler I. S. 478—493.), und die außerordentliche Erscheinung, daß an dem einen Punkte Latiner und Sabiner verschmolzen, würde der außerordentlichen Erscheinung, daß gerade Rom die Herrin erst der Latiner und Sabiner, dann aller Völker ward, zur genetischen Erklärung dienen. Das bedeutendste Mittel der Machterweiterung und Machtsicherung Rom's war die Colonienaussendung, sie ist wie ein Zauberstab in der Hand Rom's und ein geheimnißvolles Erbstück in seinem System politischer Weisheit; Gellius (16, 3) bezeichnet die *coloniae* als *quasi effigies parvae simulacraque populi Romani.* Sollte Rom etwa demselben Geiste auch seinen Ursprung verdanken? Denken wir uns Rom einfach als eine Colonie der Latiner, als eine Colonie im alten ächten, dann auch Römischen, Sinne, so erklärt sich Vieles (ich erinnere an das alte *heredium* von 2 *jugera:* Schwegler I. S. 451 und an die Zahl 300: Marquardt III. 1. S. 15.), und wir nähern uns der Röm. Tradition mehr als auf dem Wege aller anderen Hypothesen; wobei wir ganz dahin gestellt seyn lassen können, ob Rom gerade von Alba Longa ausging (s. Schwegler I. S. 456), ob es ursprünglich im Connex mit Alba stand, ob es etwa eine abgefallene Colonie war. Die Situation wäre folgende gewesen. Die Sabiner hatten ihre Schaaren längst der Tiber vorgeschoben, die Etrusker saßen jenseits der Tiber, die Latiner suchten Position wider die ersteren und vielleicht auch zugleich wider die anderen zu gewinnen; sie gründeten also in der besiegten sabinischen Gemeinde (*ver sacrum?*) eine latinische Colonie, *coloniam, quae arx esset, colonos praesidii causa adversus hostes* (*arg. Liv. 1, 56; 2, 34; 4, 11*), worauf wir Cicero's Worte in Anwendung bringen können: *majores nostri colonias sic idoneis in locis contra suspicionem periculi collocarunt, ut esse non oppida Italiae, sed propugnacula imperii viderentur* (*de lege agr. 2, 27*) und *est in ea provincia Narbo, colonia nostrorum civium, specula populi Romani ac propugnaculum istis ipsis nationibus oppositum* (*pr. Fontejo 1, 3*). Bekannt und z. B. durch die innere Geschichte Antium's deutlich belegt ist der Antagonismus, welcher in den Colonien zwischen der alten Einwohnerschaft und den Colonisten, welche die regierende Partei wurden, natürlicher Weise stattfand und oft in helle Feindseligkeit ausbrach (s. Schwegler II. S. 488.). In Rom

kam Versöhnung zu Stande, und diese Versöhnung war Rom's Ursprung: aus einer latinischen Colonie auf sabinischer Grenze ward es ein sabinisch-latinischer Originalstaat, dessen Blick, von vorn herein in die Weite gehend, über den Horizont der Latiner wie der Sabiner und folglich über beide zugleich hinausreichte. — In dieser Annahme wäre der Grundfaden der Röm. Tradition bewahrt; wer diesen fallen läßt, mit welchem Recht kann der noch irgend einen anderen Theil des Sagengewebes festhalten? — Livius (5, 54) läßt den Camillus (i. J. 387) sagen: *Non sine causa Dii hominesque hunc urbi condendae locum elegerunt, saluberrimos colles, flumen opportunum, quo ex mediterraneis locis fruges devehantur, quo maritimi commeatus accipiantur; mare vicinum ad commoditates, nec expositum nimia propinquitate ad pericula classium externarum: regionum Italiae medium, ad incrementum urbis natum unice locum.*

II. Kapitel.

II. Rom's Karakter.

(Zu § 51-55)

Zu § **55**] Die Römisch-Italische Nation war eine karaktervolle wie keine andere, in keiner Nation sind so viele Männer Karaktere gewesen. Es ist mit den Völkern, wie mit den Individuen. Alle bedeutenden Karaktere beginnen mit strebenden Widersprüchen und sind nicht von einem einfachen Centralpunkte ihres Wesens und Strebens aus zu begreifen; alle Willenskräfte werden da geweckt und gestählt im Ringen des Geistes, welcher einen Gegensatz der Pole in sich tragend die Ueberwindung des Gegensatzes als Lebens- und Existenzfrage betrachten muß. Ich ist, wie Fichte gesagt hat, das Sich-selbst-setzende, wir sind nur Ich, indem wir uns selbst dazu machen: im fortwährenden Kampfe um die eigene Existenz tritt diese Willensthat des Selbstbehauptens und Selbstbestimmens, der Centralact der persönlichen und der nationellen Energie hervor, und darum ist Rom's innerer und äußerer Kampf das Urbild menschlicher Energie. Ein Sieg, welcher in solchem Kampf erfochten wird, gehört zu denen, welchen nicht die Gefahr der Erschlaffung folgt. So hat Rom im kleinsten Punkte die Nationalkräfte zusammengefasst und aus der wechselseitigen Assimilirung ihrer Elemente die Kraft gewonnen, nach und nach ganz Italien sich zu assimiliren. Rom hat mit einem Dualismus begonnen, und es ist wie ein Lebensgesetz Rom's, daß nach Erledigung der alten immer neue Gegensätze sich dem Römischen Geiste zur Aufgabe stellten. Vergl. C. Hegel Gesch. d. Städteverfass. in Italien, I. S. 2.

Es ist der Triumph der Energie im edelsten Sinne, welcher durch Rom's Geschichte hindurchgeht, wie ein Römischer Triumphzug selbst, welcher gemäß alter Ordnung von der *Porta triumphalis* aus um das Capitol herum bis zum *Circus Maximus* sich entfaltete. Das Recht Rom's athmet bis in seine feinsten Theile herab diesen Stolz der großartigsten und prachtvollsten Energie. Wie der Römer, wo wir von einer Lage der Dinge und von einer Tugend reden, seinen *status rerum* und

seine *virtus* hatte, so faßte er die „Ersitzung“ als *usucapio,* die „Klage“ als *actio* (Handlung), das Eigenthum (Pertinenzverhältniß) als Herrschaft (*dominium*), die Erbschaft als Herrenthum (*herus, heres, hereditas!*); alles ächte Vermögen war unter dem Symbol der Lanze erworben und stand unter dem Gesichtspunkt der Eroberung, der *occupatio;* das ächte volle *judicium* (*supremum*) war gleichbedeutend mit der *voluntas* (*ultima*).

Aber in diesem Strome kämpfender Lebenskräfte lassen sich viele hochbedeutende Wellen und Wogen individueller Energie unterscheiden. Es ist nicht wahr, daß der Römische Typus die Macht und das Verdienst genialer Initiativen verhindert habe. Nicht sind bloß Appius Claudius Caecus, Gaius Gracchus, Q. Sertorius und Jul. Caesar geniale Geister gewesen: Rom war überreich an Karakteren, welche Genies des Handelns zu nennen sind; man denke nur noch an Terentilius Arsa und Camillus, Porcius Cato und Mucius Scaevola Pontifex, Scipio Africanus und Sulla, Männer, welche sich den ersten Größen aller Zeiten anreihen. Hier ist nicht „Virtuosität“, wie man gesagt hat, sondern Genialität, und es ist ein Wiederspruch, da vom Triumph der „Selbstsucht“ zu reden, wo mit der eminentesten Mächtigkeit des Triebs zum Handeln eine solche opferfreudige Hingebung an die großen Zwecke des gemeinsamen Staatswesens verbunden war. Man hat gesagt, daß Rom das Genie nicht habe aufkommen lassen, und daß es, anders als Hellas, seine Größe „mit der Aufopferung der anmuthigen Mannichfaltigkeit und innerlichen Freiheit theuer“ bezahlt habe: ich möchte aber wissen, welche Nation eine solche Fülle interessanter, bedeutender, karakteristischer Staatsmänner, Feldherren und Redner aufzuweisen habe, und ob nicht in Hellas die schaffenden Dichter und Künstler unter einem ganz gleichwerthigen Zug und Maß gemeinsamer Entwicklung, Stimmung und Ueberlieferung gestanden haben, wie es im strengen Druck des Römischen Gemeinwesens erkannt worden ist. Mir scheint, daß das ein durch und durch doctrinärer Standpunkt ist, die Hingebung der großen Geister in das Allgemeine als Schlaffheit und Mittelmäßigkeit zu verstehen, und nicht zu erkennen, daß nur ein wirkliches Genie mit einer solchen Reizbarkeit des Temperaments und einer solchen bewußten Sicherheit glücklichen Handelns eine solche allzeitige Selbstbeherrschung und mit einer solchen individuellen Genußfähigkeit einen so durchaus gleich bleibenden Patriotismus verbinden konnte, wie das in der That bei Sulla der Fall war, dessen ächtrömischer Karakter nicht im Brillantlicht eines Caesar erbleichen, sondern dicht neben die herrliche Gestalt eines Perikles gestellt werden sollte. Wir sollten einmal aufhören, die Gestalt Sulla's durch die demokratisch-antagonistische Atmosphäre der späteren Zeit hindurch, welche sich wie eine Nebelschicht dazwischen lagert, anzuschauen. Wenn wir gerade das an den preiswürdigen hellenischen Meistern, an den großen Epikern des deutschen Mittelalters, an Shakespeare bewundern, daß sie mit ihrer individuellen Genialität sich an die nationalen Typen hingegeben, aus dem

vollen Strome der Traditionen geschöpft und so den Schwung des Besonderen mit dem Maß des Allgemeinen harmonisch vermählt haben: warum soll die Römische Welt einer anderen Schätzung unterliegen? Die Vorliebe ist eigenthümlich, welche Mommsen für die unmäßigen Genialitäten eines Appius Claudius Caecus (I. S. 459), eines G. Gracchus (II. S. 106. 120) oder eines Q. Sertorius (III. S. 18. 35) hat; die praktische Energie ist doch nur da wahrhafte Manifestation des Genie's, wo dieses über sich gewinnt, sich in Harmonie mit den gegebenen Factoren zu setzen. Leichter ist es, die Brandfackel individueller Impulse in einen Bau zu schleudern, als mit ruhiger Leuchte methodisch den Schein durch alle Räume zu verbreiten. Die Flamme fehlt dort und hier nicht, aber dort fehlt die *σωφροσύνη* und *gravitas*, die hier hinzukommend erst das Genie zum wahren Genie stempelt. Die Kraft der Einordnung genialer Impulse in den gemeinsamen Gang kann freilich nur von solchen gehörig gewürdigt werden, welche in der Fülle des praktischen Lebens selbst unmittelbar und dauernd sich versucht, die Karakterkraft des Wartens, Suchens und Aneignens und die Kunst des Verzichtens auf individuelles Belieben an sich und Anderen erfahren haben, und weil das in Deutschland noch immer selten ist, hat bis heute der Deutsche und namentlich der deutsche Gelehrte nicht den rechten Maßstab zur Würdigung Rom's gefunden. Ich darf meine Ueberzeugung hier nicht verhehlen, daß sowohl Ihering in seinem Geist d. Röm. Rechts, als Mommsen in seiner Geschichte Rom's (vergl. jedoch Bd. 3. S. 17. Anm. a. E.) hinter der Wahrheit zurück bleibt. Der wahre Geist Rom's kann so wenig aus Caesar begriffen werden, als der Geist des ächten Hellas aus Sokrates und Alexander dem Großen.*

I. Der primitive Gegensatz ist ein ethnischer oder genetischer; die Römer sind mit nichten ein homogener Stamm, in ihm hat sich der schlichte Sabiner mit dem straffen Latiner verbunden, und die Sage vom Raub der Sabinerinnen hat diesen Paarungsproceß symbolisch ausgeprägt. Freilich ist es nicht eine Mischung fremder Nationen gewesen: das beweist die organische Regelmäßigkeit der Römischen Sprache, s. Schwegler Röm. Geschichte, I. S. 193. 212; dazu S. 435. Aber immerhin muß die Stammesunterschiedenheit bedeutend genug gewesen seyn. „Latium ist eine Küstenlandschaft, größtentheils Ebene, von einem schiffbaren Fluß durchströmt. Daher werden wir bei den Latinern die karakteristischen Eigenschaften eines ursprünglichen, vom Weltverkehr abgelegenen Gebirgsvolks nicht suchen dürfen. Zähe Anhänglichkeit an altväterliches Wesen und überlieferte Satzung, eine gewisse Simplicität der Sitte bei geringerer Beweglichkeit des Geistes, Neigung zu ungebundenem Sonderleben, zu patriarchalischen Lebens- und Verfassungsformen, Widerwille gegen straffe politische Organisation — alle diese Eigenschaften, die z. B. den sabinischen Stamm

*) Vergl. unten Excurse zu § 151—160. No. VIII.

kennzeichnen, werden dem latinischen Stamm entweder gar nicht oder in weit geringerem Grade eigen seyn" (Schwegler I. S. 235). „Frömmigkeit und Sittenstrenge war ein Karakterzug der Sabiner; die patriarchalische Gesellschaftsverfassung erhielt sich bei ihnen ungleich länger als bei den Latinern; von staatlicher Organisation finden sich bei ihnen kaum die ersten Anfänge. Noch bei den Samnitischen Stämmen tritt Neigung zur Ungebundenheit, Vorliebe für föderative Formen, Widerwille gegen alle einheitliche, centralistische Organisation hervor. Dieser Mangel an politischem Organisationstrieb zeigt sich auch in der Art und Weise, wie die Sabiner ihre Pflanzvölker behandelten; sie haben dieselben jederzeit frei entlassen, statt sie an das Stammland zu binden. Den Instinkt politischer Organisation, den Trieb lebendiger Verfassungsentwickelung haben die Latiner zur Römischen Nationalität gebracht. Man erkennt diesen Karakterzug an der Plebs, deren Grundstock aus Latinern bestand. Allerdings war die Oppositionsrolle, welche die Plebs in der Römischen Verfassungsgeschichte spielt, zunächst die Folge ihrer rechtlosen oder wenigstens gedrückten politischen Lage; aber sie wurzelt nicht minder in dem beweglicheren Karakter und der rationelleren Sinnesweise des latinischen Stamms, über welchen Satzung und Autorität nie so zwingende Gewalt geübt haben, wie über den starreren, unbeweglicheren, gläubigeren Sabiner. Gemischt haben sich beide Elemente vortrefflich ergänzt. Der Conflict latinischer Beweglichkeit mit sabinischer Stabilität hat jenes langsame, aber stetige und sichere Fortschreiten der Römischen Verfassung zur Folge gehabt, hat jenen Geist gesetzlichen Fortschritts, besonnenen männlichen Ringens um geregelte bürgerliche Freiheit gezeitigt, durch welchen das Römische Verfassungsleben ein so unvergleichliches Musterbeispiel geworden ist." (Schwegler I. S. 243—247). Vergl. Niebuhr Röm. Gesch. I. S. 7., Göttling Gesch. der Röm. Staatsverf. S. 3ff., Becker Röm. Alterth. II. 1. S. 11. 12. 17., Mommsen Röm. Gesch. I. Bch. I. Kap. 8. Preller Röm. Mythologie S. 18.

II. Aber auf diesen natürlichen Stammesunterschied allein kann der durch das altrömische Rechtsleben gehende Dualismus nicht zurückgeführt werden: darin haben Ihering (Geist d. Röm. Rechts I. S. 284.) und Schwegler (I. S. 247. 515) und der noch weit schärfer widersprechende Mommsen (Röm. Gesch. I. Bch. I. Kap. 4. S. 44) gewiß gegenüber der früheren, noch bei Puchta (Institut. I. § 39.) sichtlichen Ueberspannung des Unterschiedes Recht. Es kommen bedeutende sociale Kriterien hinzu.

Aus allen Sagen und Erzählungen tritt uns der Umstand entgegen, daß auf Römischem Boden frühzeitig sich ein Dualismus gesellschaftlicher Ordnung ausbildete, welcher zum Ausgangspunkt verschiedener Lebensrichtungen und Weltanschauungen wurde. Auf der einen Seite stand ein mit sacralen Traditionen durch und durch verflochtenes, auf religiösem Fundament ruhendes Geschlechterwesen (s. Schwegler I. S. 465. 466.); innerhalb der Ordnung desselben konnten nur sacrale

Institutionen Raum und Halt finden; was sich da nicht anknüpfen ließ, konnte nicht gedeihen. Wir haben uns diesen Kreis als eine feudal geschloßne, patriarchalisch gegliederte Land- und Ackerbaubevölkerung zu denken (s. Mommsen I. Bch. I. Kap. 3. S. 37. und Kap. 4. S. 46.). Auf der andern Seite aber stand eine rasch anwachsende Menge, welche sich zum Theil in städtisch bürgerlicher Weise zusammenballte, ihrer religiösen und blutsverwandtschaftlichen Verbände entnommen frei nebeneinander lebte, theilweise den Geschäften des aufblühenden Verkehrs gewidmet und lange nur in militärischer Organisation ein lebendiges Ganze bildend; in dem Kreise dieser beweglichen und minder tief im Römischen Boden wurzelnden Bevölkerung mußte sich Entfremdung von religiöser Sitte, eine mehr profane Weltanschauung und ein den Stand der Einzelperson markirender Rechtstrieb ausbilden. So war der sociale Gegensatz gegeben, und wir können dahingestellt seyn lassen, inwieweit er mit der gemischten Stammesart zusammenhing.

Gaius (4, 16) sagt von der *in jure cessio* handelnd: „*Festuca utebantur, quasi hastae loco, signo quodam justi dominii, quia maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent*", und Paulus *in fr. 19. § 7. D. de captivis* (*49, 15*): „*Disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis, quam caritas liberorum.*" Dieses Bild paßt nicht in den Zusammenhang eines priesterlichen Geschlechterstaats, es ist dessen Verneinung und Bruch und weist auf einen ganz anderen Anfangspunkt Römischen Lebens hin. Vergl. Ihering Geist d. Röm. Rechts I. § 10. S. 108ff. Wer das Römervolk in seinem innersten Wesen erkennen und fassen will, muß seine militärische Disciplin und seine auf den Angriff gerichtete Organisation studiren. Hier trat die ganze Energie, die unerschütterliche Consequenz, eine bewundernswerthe Selbstbeschränkung zu Tage. Die Heerführer hatten außer Rom eine absolute und inappellable Gewalt (*Cic. de leg. III, 6*), aber sie selbst auch mußten die Gesetze ihrer Disciplin befolgen, wie Macer in *fr. 12. pr. D. de re militari* (*49, 16*) das ausdrückt: „*Officium regentis exercitum non tantum in danda, sed etiam in observanda disciplina constitit.*" Vergl. Lamarre, *de la milice Romaine*, p. 320ff. Jahrhunderte hindurch erhielt sich die alte Sitte, daß jeder Römische Staatsmann Militärdienst leisten mußte, bevor er die Scala der Magistratur bestieg. In Rom hat aber auch bürgerliches Wirthschaftswesen mit allen dazugehörigen Symptomen, mit Mobiliar- und Geldwirthschaft, so entschiedenen Aufschwung gewonnen, daß wir darin einen weiteren Antagonismus gegen die sacrale Geschlechterordnung erkennen müssen. Freilich arbeiteten sich die gegensätzlichen Elemente nach und nach ineinander, aber lange unterschieden sich zwei sociale Hemisphären. Dieser Dualismus ist im altrömischen Recht unverkennbar.

Ueber jenes Römische Bürgerthum sagt Mommsen (I. Bch. I. Kap. 4.): „Wo uns die Geschichte zu dämmern beginnt, steht Rom dem latinischen Gemeindebund als einheitlich geschlossene Stadt gegenüber. Die latinische Sitte, in offenen Dörfern zu wohnen und die gemein-

schaftliche Burg nur zu Festen und Versammlungen oder im Nothfall zu benutzen, ist höchst wahrscheinlich im Römischen Gau weit früher beschränkt worden, als irgendwo sonst in Latium. Neben dem Bauer muß eine zahlreiche nicht agricole Bevölkerung von Fremden und Einheimischen dort seit uralter Zeit ansässig gewesen seyn. Wer die Römer und ihre Geschichte kennt, der weiß es, daß das Eigenthümliche ihrer öffentlichen und Privatthätigkeit auf ihrem städtischen und kaufmännischen Wesen ruht, und daß ihr Gegensatz gegen die übrigen Latiner und überhaupt die Italiker vor allem der Gegensatz ist des Bürgers gegen den Bauer. Wenn Rom das Emporium der latinischen Landschaften war, so ist es begreiflich, daß hier neben und über der latinischen Feldwirthschaft sich ein städtisches Leben kräftig und rasch entwickelte und damit der Grund zu seiner Sonderstellung gelegt wurde. Ein Verhältniß dieser allmählich erwachsenden städtischen Ansiedelungen zu den drei Gemeinden, in welche die Römische staatsrechtlich seit unvordenklicher Zeit zerfiel (Ramnes, Tities, Luceres), ist nicht zu ersehen.“ Vergl. dazu Lange Röm. Alterth. I. § 26. S. 74. u. Voigt Drei epigraph. Constitut. Constantins (Leipz. 1860), S. 129.

III. Kapitel.

III. Die patriarchalische Zeit Rom's.

1. *Res familiaris* (*gentes* und *clientes*).

(Zu § 56-58)

Zu § 58] Das Römische Gemeinwesen der ältesten Zeit zeigt uns eine doppelte Seite: von der einen erscheint es als eine natürliche Gliederung, als gewachsener Boden, auch die Schichtung der Bewohnerschaft gestaltet sich wie ein Naturproceß. Von der anderen Seite erscheint es als eine künstliche und planmäßige Ordnung, wovon das folgende Kapitel handelt. Ueber diese Ordnung besitzen wir einige historische Nachweise, welche unsrem Blicke eine bestimmte Richtung geben, wogegen jene Naturseite sich allem historischen Nachweis entzieht. Demgemäß durfte die im entsprechenden Kapitel des Cursus gegebene Schilderung derselben sich nur in allgemeinen Zügen halten und ihren hypothetischen Karakter nicht verleugnen. Aber der Hypothese kommt die allgemeine Menschenkunde zu Hülfe.

Die Familie ist die sociale Urform des Menschengeschlechts, und darum beginnt alle Geschichte, auch die Rechtsgeschichte, die Römische Rechts- und Staatsgeschichte, mit ihr. Hiermit scheint das Bild nicht zu stimmen, welches uns Ihering Geist d. R. R. I. S. 90ff. von der „Römischen Kosmogonie des Rechts“ entwirft; denn indem er vier Systeme als Ausgangspunkte des Röm. Rechts, nämlich die Thatkraft des subjectiven Willens (S. 103—161), die Gentilverbindung oder das Familienprincip (S. 162—238), das Princip der militärischen Classification und Subordination (S. 239—255) und die Sacralordnung (S. 256—281) unterscheidet, und jenes erstgenannte Princip als „die

erste Scene in dieser Kosmogenie", „die Herrschaft der Willkür und Gewalt als die absolut erste Stufe der Geschichte überhaupt" bezeichnet (S. 94), gewinnt es den Anschein, als ob der geistreiche Verfasser hier eine reale historische Aufeinanderfolge dieser Art annehme und den Beginn der historischen Bewegung, statt in die Familie, in das Individuum verlege; der Uebergang von den isolirten Individuen zu dem genossenschaftlichen Bande würde dann ein Sprung, und der Fortschritt nicht eine organische Entwicklung des einheitlich Gebundenen, sondern eine dialektische Bewegung durch Gegensätze hindurch seyn. Im Grunde will aber Ihering selbst dieses nicht, denn er nimmt eine ursprüngliche Gebundenheit jener Gegensätze an (S. 281), nur daß er sie in eine vorrömische Zeit zurückverlegt (S. 282); wenn er daneben sagt, daß der ältere Staat ganz auf das Familienprincip gebaut war (S. 181), daß das spätre System des Röm. Rechts vorzugsweise als das Werk des subjectiven Princips aufzufassen sei (S. 332), und daß mit dem Wachsthum jenes das Familien- und Sacralprincip entsprechend erlosch (S. 333): so scheint im Wesentlichen Einklang mit dem im Texte gegebenen Ausgangspunkte vorhanden zu seyn; jene Voranstellung des subjectiven Princips entspricht allerdings der Römischen Sage, der nationalen Vorstellung der Römer selbst, aber im Grunde ist dieses Bild zeitlicher Priorität doch nur der Reflex der organisatorischen Superiorität jenes Princips, wonach das Röm. Recht im eminenten Sinne als Ausdruck und Erzeugniß der Energie erscheint, und das Privatrecht eine prototypische Bedeutung für die gesammte Römische Lebensordnung behauptet hat. In den Zeiten, in denen Rom stufenweise entstand, muß die Naturordnung des Familienprincips bei den Latinern und Sabinern noch vorgeherrscht haben; nur dies kann zugegeben werden, daß in Rom verhältnißmäßig frühzeitig sich selbstbewußte Thatkraft Bahnen brach.

Daß es schon in ältester Zeit einen Sklavenstand in Rom gegeben habe, ist gewöhnliche Annahme, und doch fügt sich dieselbe nur mühsam in die älteste Ordnung des Rechtslebens. Sklaverei ist im tiefsten Sinne der Ausdruck eines Rassenunterschieds, mit Völkern anderer Rasse aber hat das älteste Rom wohl nur selten zu thun gehabt, Italien selbst stellte schwerlich das eigentliche Contingent der Sklaverei; in sehr weit späterer Zeit erst gewinnt der Sklavenstand durch Zahl und Verkehrstellung Wichtigkeit. Der Sklave hatte weder eine sacrale noch zur *gens* gehörige Stellung, und doch beruhte die älteste Lebensordnung auf *sacra* und *gentes;* zudem sehen wir in der Clientel einen deutlich und umfassend ausgebildeten Typus, und es ist schwer zu glauben, daß in der Zeit ursprünglicher Sparsamkeit der Ideenwelt neben jenem ein zweiter allgemeiner Typus der Unterwerfung bestanden habe. Während die Clientel mit dem alten Geschlechterwesen abstarb, ward die Sklavenhalterei ein Glied in der Kette der nachmaligen Luxusentwickelung. Ich nähere mich daher der Ansicht von Roßbach Röm. Ehe S. 32: „Jahrhunderte lang mag die Familienverfassung bestan-

den haben, ehe es Sklaven und *mancipio dati* gab." Vergl. auch Mommsen Röm. Gesch. I. S. 193. 195. und § 86. des Cursus.

Dafür daß die *gentes* ursprünglich auf Blutseinheit gegründet waren, haben sich gegenüber Niebuhr (Röm. Gesch. 4. Aufl. I. S. 321) fast alle Neueren erklärt: Göttling Röm. Staatsverf. S. 62ff., Becker Handb. d. Röm. Alterth. I. S. 37., Lange Röm. Alterth. I. § 40. Das Band traditioneller Opfergemeinschaft hielt die *gentes* zusammen; ein *ager gentilicius* bildete ihr Territorium, von welchem das Privateigenthum der einzelnen Familienhäupter sich wohl frühzeitig abzuheben begann. Dieses Privateigenthum (*heredium*) scheint *2 jugera* Ackerland betragen zu haben, s. Schwegler Röm. Gesch. I. S. 618. Lange a. a. O. (S. 191.). Eine ausführlichere Schilderung des Genossenschaftslebens im Rahmen der *gens* entwirft Ihering Geist d. R. R. I. § 14.

In denselben Rahmen gehört auch die karakteristische Stellung der Clienten. Die Clientel ist jedenfalls eine primitive Institution und vielleicht die Form der Herrschaft, welche die erobernden Italiker über die vorgefundenen Urbewohner behaupteten: dies ist die seit Niebuhr herrschende Annahme, die wohl nur von Mommsen nicht getheilt, von Lange aber in eigenthümlicher Weise durchgeführt wird. Nach jenem (Röm. Gesch. I. S. 62. 88. 194.) waren ursprünglich die Clienten landflüchtige Einwanderer und precarisch freigegebene Sklaven: was aber mit der sacralen Stellung der Clienten schwerlich vereinbar ist; nach diesem (Röm. Alterth. I. S. 217.) waren sie ursprünglich Kriegsgefangne, den einzelnen Familienhäuptern zugetheilte und dadurch in *familia, gens* und *sacra* aufgenommene Sklaven: was die Idee einer Privatrechtsherrschaft über Menschen, wie sie erst in Zeiten fortschreitender Abstraction auftreten kann, in den Anfang der Entwicklung verlegt. Die Clientel ist kein abgeleiteter, sondern ein ursprünglicher Herrschaftstypus und durch und durch gentilicischen Gepräges, während die Sklaverei der historischen Zeit einen durch und durch privatrechtlichen Karakter trägt. Dies hindert nicht, mit Ihering a. a. O., S. 236. anzunehmen, daß nach dem Muster des Clientelgutes sich das Institut des *peculium* und *precarium* ausbildete; war doch dieses Institut den Sklaven mit den Hauskindern gemeinsam. — Vergl. auch Schwegler Röm. Gesch. I. S. 269. 642. II. S. 528.

Vielleicht kann uns die Zusammenstellung einiger etymologisch-karakteristischen Wörter einen Wink über die Spuren dieses alterthümlichen Lebensverhältnisses geben. In den Worten *imperium* und *patrimonium* scheinen die Grundideen der rechtlichen Herrschaft ausgedrückt. *Imperium* zusammenhängend mit *părĕre*, *părare*, *pārēre*, drückt die Errungenschaft, die Herrschaft über das Anerschaffne, Angeschaffte —, *patrimonium* das vom Vater überkommene Gut, also das Familienbesitzthum aus. Mit diesen Ideen sind die Italiker über die Alpen gekommen („*Fundum relictum a patre aut aliqua ratione bene partum*": Cic. pr. Caec. c. 26.). Jenes Wort entfernte sich später allerdings von dem privatrechtlichen Zusammenhang und nahm eine staats-

rechtliche Wendung, ebenso wie *territorium*, doch nennen auch Spätere noch die hausherrliche Autorität *imperium domesticum* (Gell. 10, 23; *Senec. de benef. 3, 11; fr. 4. D. de R. J.; fr. 38. § 2. D. de hered. inst. 28, 5*). *Patrimonium* ward mit der sacralen Befestigung der ansässigen Familien zum eigentlichen Ausdruck für das Familiengut. Nach einer anderen Richtung hin soll derselbe Gedanke durch *heredium* ausgedrückt worden seyn, weil dieses dem Erben zukommendes Gut bedeute (*Varro R. R. I, 10, 2: quod heredem sequerentur, heredium appellarunt*); tiefer aber greift wohl die Erklärung, welche das Wort auf eine mit *χείρ* identische Wurzel zurückführt und im *herus* die Bedeutung des Ergreifens (*sumere, emere*) findet (s. Lange I. S. 132.). Ist dem so, so wäre *heredium* ursprünglich gleichbedeutend mit *imperium* (bez. *manus, mancipium*) und hätte erst nachher jene Wendung vom Occupations- zum Familienprincip genommen, welche es nun als gleichbedeutend mit *patrimonium* erscheinen ließ. — Wir werden schwerlich irren, wenn wir uns die eindringenden Italiker als die geistig überlegene und kulturfähigere, folglich zur Seßhaftigkeit geneigtere Nationalität vorstellen, die unterworfenen Autochthonen aber als eine dem Hirtenwesen und der Heerdenzucht zugethane Bevölkerung, welche das gute Ackerland ohne Beeinträchtigung ihrer Sitte und Ordnung an die Sieger abtreten konnte. Auf dieser national-ökonomischen Grundlage richtete sich das politische Verhältniß gleichsam von selbst auf. Ein gewisses Maß der Feldmark nahmen sich die Italiker (Latiner), um es zu Haus und Acker zu gestalten und vertheilten es als Familiengut (*heredium*). Durch die Eroberung war alles *in dicionem populi Romani* gekommen (s. Schwegler II. S. 403.), allein das offne Wald- und Weideland samt Heerden ward den Unterjochten, d. h. Clienten belassen, (s. Göttling Röm. Verf. S. 124.), und wie das Weideland zum *ager Romanus*, das Heerdenvieh zum Zug- und Lastvieh, so verhielt sich der Client zum Patron, und jede Clientengruppe zu der *gens*, deren Pertinenz sie war. Wir wollen dahingestellt seyn lassen, ob *cliens* von *cluere* im Sinne von hören, gehorchen (Höriger — vergl. Hoffmann i. d. Zeitschr. f. österr. Gymnas. Wien 1866. S. 571.), oder von *purgari*, gereinigt, amnestirt seyn (Göttling a. a. O. S. 126) herleitbar sei. Einen Blick in das Maß dieser Gruppirung läßt uns die Röm. Tradition thun, indem sie erzählt, daß der sabinische Patricier Appius Claudius mit 5000 Clienten in den Röm. Staat eingetreten sei (503 v. Chr.), und daß die Dreihundert der *gens Fabia* mit 4000 Clienten Rom verlassen haben (480 v. Chr.). Es fand eine Art Lehnsband Statt: das persönliche Element desselben ward durch *patrocinium* und *obsequium* gekennzeichnet, das sächliche aber durch *heredium* und *peculium* oder *dominium* und *precarium*. Hier bezeichnete *heredium* das den eigentlichen Familienkörper bildende, vom Oberhaupt in seiner Hand behaltne Gut, *peculium* aber das nicht zur Grundlage, sondern nur zur Ausstattung des Hauses geeignete, fliegende, wandelbare Gut, welches den Clienten ausgethan, vergeben (nach Ihering: von den Clienten selbst gewonnen und aufgezogen) ward (ab-

gezweigte Heerde, „Viehantheil“) und nun sich wie eine Provinz unter dem *imperium* des *herus* verhielt, Auf den Act der Vergabung selbst aber weisen die parallel gehenden Ausdrücke hin, denn *dominium* ist etymologisch die Stellung eines Gebenden, das Recht des Lehnsherrn, wie *bona* (gleichfalls mit *dare* zusammenhängend, s. Lange I. S. 136.) solch' leihbares Gut bezeichnete*; *precarium* ist die Stellung des bittenden Empfängers, d. h. des Leihbesitzers oder Lehnsmanns. Wie in späteren Jahrhunderten auf germanischem Boden der Mächtigere dem Schwächeren Schutz verhieß, und der Letztere sich und sein Besitzthum unter die Obergewalt des Ersteren stellend nun sein Recht von diesem ableitete, so wahrscheinlich auch in den gleichartigen Urverhältnissen Italiens, Rom's, und wie von *fihn, feho, feo* oder *fe* (Vieh und Geld) *feum, fedum, feudum* stammt, so von *pecus peculium* (und *pecunia*). *Peculium* ist völlig gleichbedeutend mit *feudum* (s. Homeyer Sachsenspiegel, II. 2. S. 275. 276.).

IV. Kapitel.

2. *Res publica* (*curiae* und *rex*).

(Zu § 59-62)

Zu § 62] *Patricii* oder *patroni* hießen die Bürger als Mitglieder des Gentilverbandes, *Quirites* als Mitglieder des Curienverbandes, *curiales* als Genossen einer einzelnen bestimmten Curie, *Romani* als Volks- und Staatsgenossen im völkerrechtlichen Unterschied nach Außen (Lange I. S. 80. 242. 248); die allgemeine staatsrechtliche Formel lautete: *populus Romanus Quiritium.*

Der Quiritenstaat bestand aus zwei formgebenden Elementen: der Curieneintheilung und dem Wahlkönigthum; ihre Verbindung in Rom ist durchaus original und einzigartig. Mommsen (I. S. 83) hat diese älteste Verfassung „gewissermaßen die umgekehrte constitutionelle Monarchie“ genannt, denn Träger der staatlichen Machtfülle sei nicht der König, sondern der *populus,* und Führer des Regiments nicht der *populus,* sondern der König gewesen; er nennt die Bürgerschaft den Souverän (S. 75), während Lange (l. c. § 47. dazu § 44. S. 238—240. und § 54. S. 341. 346.) dem König eine, wenn auch beschränkte, Souveränetät beilegt und betont, daß der König keine legalen, sondern nur sacrale Schranken seiner Gewalt gehabt. Souverän war aber weder der *populus* noch der König: jener nicht, weil der König die ausschließliche Initiative in sämmtlichen Staatsactionen hatte und dabei unverantwortlich war (Mo. S. 77. und La. S. 270.), dieser nicht, weil ihm das *imperium* nicht *ipso jure,* sondern nur kraft ausdrücklicher Anerkennung des *populus* zustand (Mo. S. 75., La. S. 264.). Demnach hatte der Staatskörper in seiner schwachen Centralisation gleichsam zwei Schwerpunkte, entfernt vergleichbar der germanischen Erscheinung des getheilten Eigenthums im Lehnrecht, oder des Staatsverhältnisses zwi-

*) Vergl. die Excurse zu § 87—92. No. IV.

schen Landesherrn und Landständen: im compromissarischen Gleichgewicht beider bestand die Seele dieses Körpers, und das Verfassungsleben war ein fortgesetztes Contrahiren und Balanciren zwischen beiden Staatspotenzen.

Die (30) Curien waren „nach örtlichem Princip gebildete künstliche Kreise des Staatslebens". Niebuhr Röm. Gesch. (4. Aufl. Bd. I. S. 326 ff.) hatte die Ansicht aufgestellt, daß jede *curia* in 10 *gentes*, jede *gens* in 10 *familiae* zerfallen sei, so daß also der Staat nicht bloß in 3 *tribus* und 30 *curiae*, sondern weiter in 300 *gentes* und 3000 *familiae* gegliedert gewesen (Dionys. 2, 7). Mit dieser Annahme stimmen noch Mommsen I. S. 67., Ihering Geist d. R. R. I. § 17. S. 241. 244. und Schwegler Röm. Gesch. I. S. 613. im Wesentlichen überein, wogegen Lange l. c. S. 201. bemerkt: „Das Princip der künstlichen Gliederung weiter fortzusetzen, sind wir um so weniger berechtigt, als die Curien ebenso entschieden als eine politische Eintheilung erscheinen, wie die Geschlechter als die patriarchalische Entwickelung des Staats. Jene Eintheilung des Gemeinwesens in 10 Curien wiederholt sich in den Römischen und latinischen Colonien, nicht aber die vermeintlich weitere Eintheilung der Curie in 10 Geschlechter, des Geschlechts in 10 Familien". Hierzu kommt, daß nur die *sacra curionia*, nicht die *gentilicia* als *publica* galten (Liv. 5, 46. 52. Dionys. 2, 23). Vergl. auch Schw. S. 252. 501.

Von der ursprünglichen Selbständigkeit der drei großen *tribus* haben sich nur geringe Spuren erhalten, unter ihnen die Normalzahl der Senatoren, welche 300 betrug (s. La. S. 339). „Eher als das Recht der *gentes*, war das Sonderrecht der einzelnen Volksstämme untergraben. Der Wahlkönig und die Curieneintheilung, hervorgegangen aus dem Bestreben, die verschiedenen Stämme der Ramnes und Tities (und Luceres) zu der Einheit einer Staatsfamilie zu vereinigen, haben diese Aufgabe gelöst. Man kann nicht sagen, wie rasch; auf jeden Fall aber war es bereits vor dem Auftreten der Tarquinischen Dynastie geschehen, unter welcher der *populus Romanus Quiritium* als eine geschlossene Einheit gegenüber den fremden Elementen erscheint." (La. S. 250.)

Faßt man die sacrale Färbung, welche dem alten Recht eignet, ins Auge, so scheint die Annahme nahe zu liegen, daß der Römische Staat damals eine patriarchalische Theokratie gewesen sei (s. Gerlach und Bachofen Die Grundlagen des Röm. Staatsr. in der Gesch. der Römer, I. Abth. 2. S. 209 ff.). Der Sinn aber einer solchen ist, daß als eigentlicher Souverän der Gott gilt, und der auf religiösem Wege festgestellte (geoffenbarte) Wille Gottes die constitutive Macht ist; ein solcher Einfluß des Staatsgottes aber ist dem Röm. Staatswesen fremd, denn in den bei dem Acte der Königswahl, der darauf folgenden Inauguration und der *lex curiata de imperio*, sowie bei den sonstigen Regierungshandlungen vorzunehmenden *auspicia publica* trat nur eine Ergänzung und Schranke des weltlichen Willens hervor, so daß die schöpferische Potenz in dem menschlichen Willen der *patresfamilias*, der *gentes*, dann

des *rex* selbst enthalten gedacht ward. Sowohl Mommsen (S. 66.) als Lange (S. 239. 244. 264. 271. 275.) verwerfen daher die Annahme einer Theokratie. — Mehr läßt sich für die namentlich von Ihering Geist d. R. R. I. § 17. verfochtene Ansicht sagen, daß die älteste Verfassung eine Militärordnung, der König nur um seiner Feldherrnaufgabe willen zugleich politisches und religiöses Oberhaupt, und das Curiensystem zuvörderst eine Heereseintheilung gewesen sei. Noch Cicero *de leg. agr. 2, 12.* berichtet: *consuli, si legem curiatam non habet, attingere rem militarem non licet*, und Liv. 5, 52 sagt: *Comitia curiata rem militarem continent*; und demgemäß wäre von der Servianischen Verfassung zu sagen, daß in ihr die Idee der Wehrverfassung nur beibehalten worden sei. Besser fügt sich aber in den Gang der Dinge seit den Tarquiniern und seit der *plebs* die Annahme, daß der militärische Verfassungsstyl erst durch Servius Tullius ausgebildet wurde.

Eigenthümlich ist der Weg, auf welchem das Röm. Staatswesen sich consolidirte, und sehr verschieden von der Entwickelung des Staatswesens der german. Völker. Bei den Römern war nicht das Land, sondern die Genossenschaft, nicht die *regio* (*ager*), sondern die *legio* (*natio*) die Grundlage, auf welcher das Bewußtseyn compacter Einheit sich zu einer hohen Energie entwickelte und den idealistischen Grundzug der Römischen Rechts- und Staatsgeschichte bestimmte, während ein gewisser Naturalismus zu den Grundzügen des germanischen Staatswesens gehört. Dort waren Ausgangspunkt und Richtung des politischen Lebens durch den persönlichen Geist, hier durch die natürliche Umgebung desselben gegeben. Jener Zug drängte zum Volks- oder Freistaat, dieser aber zum dynastischen Staat oder landesherrlichen Königthum. Zwar sehen wir die Röm. *gentes* mit ihren Landmarken organisch verknüpft, allein weder für die Curien, noch für den *rex* kann das Landgebiet eine wesentliche Bedeutung gehabt haben. Von den Curien läßt sich nur sagen, daß sie mit bestimmten Feldmarken zusammenhingen (Dionys. 2, 7); „das Krongut des Königs," d. h. der zugewiesene Antheil an den Erträgnissen des *ager publicus*, bildete nicht die Grundlage der *regia potestas* und stand in gar keinem Bezug zu seinem *imperium* (s. La. S. 245. 275). Nur ein dynastisches Königthum kann den Karakter der Landesherrlichkeit tragen. Bei den Römern war das nationale (La. II. S. 389.), bei den Germanen das territoriale Element das primäre, und demnach karakteristisch, daß die Fülle der Staatsgewalt dort von der Gewalt über die Leute (*imperium*), hier von der Landesherrlichkeit (Gebiet) aus sich entwickelte. Dieser Unterschied ist vornehmlich auch festzuhalten bei der Beurtheilung des Ursprungs von Rom. Nicht so, wie bei dem germanischen Volks- und Staatswesen, dürfen wir hier vom Territorium ausgehen, und darum hat Mommsen der Frage über die geographische Situation überhaupt einen viel zu großen Einfluß auf die Frage des Ursprungs und Karakters Rom's eingeräumt. Rom's Karakter ist durchaus nur aus seinen ethnisch-idealen

Elementen zu begreifen, wie wir dies oben im 2. Kap. (§ 51—55) versucht haben.

Ueber die *curia* ist folgende Stelle aus M. Voigt Drei epigraph. Constitut. Constantin's (Leipz. 1860) S. 58. zu vergleichen: „Die personale Gliederung des ital. Staates hat zu ihrer Einheit die *viria* (von *vir*, sonach Männerschaft) oder die *coviria* (Mitmännerschaft); ersterer Ausdruck findet sich vor als *verei* (Mommsen unterital. Dial. S. 258), wie im Lateinischen in der Zusammensetzung mit *centum* und *decem* als *cent-uria* und *dec-uria* (Pott etymol. Forsch. II. S. 493), letzterer Ausdruck dagegen ebensowohl im Volskischen als *couehriou*, wie im Lateinischen als *curia*. Welche Anzahl nun von Männern, d. i. von Familien nach dem Stammrecht der Italiker die *viria* oder *curia* umschloß, ist zweifelhaft; wahrscheinlich jedoch 100, so daß *viria* oder *curia* zugleich eine *centuria*, somit eine Hundertschaft (wie bei den Germanen *centena*) ist (vergl. Becker Alterth. II, 1. Anm. 422.).“

Zweiter Abschnitt.

Plan und Gliederung der Römischen Rechtsgeschichte.

V. Kapitel.

I. Die Grenzpunkte der Entwicklung.

(Zu § 63-67)

Zu § 67] Man unterscheidet zwei rechtsgeschichtliche Methoden, die synchronistische und die chronologische; die erstere theilt die Geschichte in bestimmte Zeiträume und entwirft innerhalb eines jeden Zeitraums ein abgerundetes Bild aller gleichzeitigen Erscheinungen des Rechts- und Staatslebens, die andere aber stellt die einzelnen Rechtsinstitute als mehr oder weniger isolirte Erscheinungen vom Anfang bis zum Ende ihres geschichtlichen Daseyns fortlaufend dar. In der alten Streitfrage nun, welche dieser beiden Methoden vorzuziehen sei, entscheide ich mich dahin, daß jedenfalls für die äußre Rechtsgeschichte die synchronistische Methode die angemessenere sei, und daß mit ihr zweckmäßig eine synchronistische Uebersicht der inneren Rechtsgeschichte verbunden werde. Nach diesem Plane ist unser Geschichtsbild entworfen.

Keiner der Gesichts- oder Geschichtspunkte, durch welche der Grundriß dieses Bildes bestimmt wird, gehört zu den herkömmlichen oder geläufigen; denn erst mit Ancus die eigentliche Geschichte Rom's zu beginnen, ist uns ein eben so ungewohnter Griff, als mit Modestinus diese Geschichte abzuschließen, und wenn dazu in die Mitte des 3. Jahr-

hunderts v. Chr. ein Hauptabschnitt gesetzt wird, so dürfte das gar ohne Vorgang seyn.

Wir beginnen also die Geschichte Rom's mit dem König Ancus. An dessen Namen knüpft einstimmig die Tradition das Auftreten der Plebs, und durch die Plebs ward Rom zu einem historischen Staat. Ihre Aufnahme muß eine Neuerung gewesen seyn, auch wenn Ancus der Plebs noch nicht eine politische Stellung und Ordnung angedeihen ließ, denn sie fand keine Anknüpfung an dem bestehenden sacralen Gentilverband, mag nun der König sich zum Patron der neuen Menge aufgeworfen oder ihren Zustand vorläufig ohne alle Basis gelassen haben. Unter den nachfolgenden Königen aber häufen und steigern sich zusehends die politischen Neuerungen.

Romulus ist Kind eines Gottes, Numa mit einer Göttin vermählt; eine mythische Figur solcher übermenschlicher Art ist Tullus Hostilius nicht, „mit ihm fängt der Tag der Röm. Geschichte zu grauen an“ (Schwegler I. S. 579.), doch vervollständigt er eigentlich noch die Gruppe der Urkönige, und erst mit Ancus kündigt sich eine neue Aera an. In den Figuren des Romulus und Numa sind die Kräfte von Vater und Mutter, welche sich zur Zeugung Rom's vereinen, mit der von der Reflexion beliebten Getrenntheit personificirt; unter des Tullus Hand erblickt Rom das Licht der Welt, mit der Zerstörung Alba's macht es sich los vom Mutterschoß, und mit der Errichtung der hostilischen Curie hat es einen politischen Ausdruck der organisirten Staatsexistenz gewonnen. Um den Tod der ersten drei Könige hat der Mythus den Schleier eines mystischen Helldunkels gewoben. Mit der Massenaufnahme Albanischer Geschlechter ist das alte gentilicische Rom abgeschlossen und der Geschlechterorganismus nunmehr fertig. Ancus eröffnet eine neue Perspective durch Reception der Plebs. Aber Ancus befestigt auch das Janiculum, verbindet das jenseitige Tiberufer durch den *pons sublicius* mit Rom, Ostia gründend richtet er den Blick aufs Meer und weissagt gewissermaßen Rom's Zukunft. Mit Ancus beginnt auch ein neuer Typus des Römischen Königthums: als Numa's Enkel hat er — dieser Zug der Sage ist unverkennbar — sich auf die Idee der Erbfolge gegründet, und in der Erbauung des Staatsgefängnisses drückt sich die beginnende, wenn auch noch leise auftretende, Tyrannis aus. Die Tyrannis ist die Form eines kräftigen Staatsaufschwungs, einer sowohl administrativen als kriegerischen Expansion Rom's gewesen: mit Ancus aber beginnt sie, wie die Erweiterung und Befestigung Rom's durch ihn und der Umstand beweisen, daß die Tradition, während ihr zufolge noch unter Tullus Hostilius das Röm. Gebiet nur bis zum 5. Meilenstein sich erstreckte, den Ancus das ganze linke Tiberufer bis zum Meer dem Staatsgebiet einverleiben läßt, und daß der von Liv. 1, 32. und Serv. Aen. 10, 14. adoptirten Tradition zufolge Ancus der Stifter oder Vervollkommner des Fetialeninstituts d. h. des Völkerrechts gewesen ist. (Schwegler I. S. 554. 585. 603.). Die Gründung der ersten Colonie (*colonia maritima*) und die Reception der Plebs sind ein-

ander ergänzende Unternehmungen, denn sie zeigen die gleichmäßig energische Entfaltung des jungen Staatswesens nach Außen wie nach Innen.

Ancus scheint in sich den Geist des Romulus und des Numa (Liv. 1, 32) zu verbinden; zugleich aber durch seinen Namen Ancus (*ancilla!*), als Stifter der Plebs, wie als Erbauer des *carcer publicus* und Gründer des Stadtbefestigungssystems (wozu auch Ostia als Schutzwehr gegen Piraten gehörte: Voigt das *jus naturale* und *gentium* der Römer II. S. 574.) ist er ein Vorläufer des Servius Tullius (*servus!*), des Ordners der Plebs, Vollenders des *carcer* und militärischen Organisators Rom's für Angriffskriege: die Mitte der ganzen Königsfolge einnehmend weist er mithin rück- und vorwärts (Schwegler I. S. 603.) und erscheint wie der Angelpunkt, in welchem die aus dem zeitlosen Urkönigthum in die Aera der Röm. Tyrannis überführende Pforte hängt. Diese Gründe bestimmen mich, abweichend von Schwegler (I. S. 685. 694. 699.), welcher die Könige zweiter Folge erst mit Tarquinius Priscus beginnen läßt, und in Uebereinstimmung mit Lange den König Ancus als den Anfang der Tyrannis anzunehmen. Allerdings „schreibt die Tradition jedem der drei letzten Könige gewisse Verfassungsänderungen zu, während sie für die Epoche der 4 ersten Könige einen unveränderten Bestand der ursprünglichen romulischen Verfassung voraussetzt“ (Schwegler I. S. 609.); allerdings „steht Ancus, was die Art seiner Berufung zum Throne betrifft, völlig legitim da, und würde insofern mit den drei älteren Königen verbunden werden können“ (Lange I. S. 370.); allerdings verbindet die Sage durch Zurückführung der Mauer und des Wallgrabens, sowie des Capitolinischen Tempels auf die drei letzten Könige (Lange I. S. 378. 379.) diese zunächst unter sich. Allein in vielen Hauptpunkten wird Ancus, welcher ohne allen Bezug zu seinem Vorgänger steht, der folgenden Königsreihe nahe und gleichgestellt. Ancus und Tarquinius Priscus legen den Grund zur Römischen Herrschaft über Latium, Servius Tullius schafft das Bundesverhältniß, und Tarquinius Superbus vollendet die Hegemonie Rom's über Latium: in diesem Bezug also bilden die 4 letzten Könige entschieden eine zusammenhängende Linie der Römischen Entwicklung (Cic. *de rep.* II, 19. 21. Liv. I, 52. Dion. IV, 48. — Lange I. S. 375). Es sind ferner die 4 letzten Könige, „von denen die Tradition der Reihenfolge nach immer bestimmtere und stärkere Symptome tyrannischer Regierung zu berichten weiß.“ Sowohl Ancus als Tarquinius Pr. gelangen noch in den legitimen Formen des Wahlkönigthums zum Throne, sie gehören beide noch „dem mildern Stadium der Tyrannis an“, und nicht gewaltthätig, nur kraftvoll war ihr Regiment. Aber auch das ist ihnen gemeinsam, daß in mehrern Zügen der Tradition das Bestreben, ihre Herrschaft erblich zu machen, hervortritt (Lange I. S. 371). Der usurpatorische Karakter steigt mit Servius Tullius und gipfelt in Tarquinius Superbus. Beide gelangen zum Throne mit Umgehung aller legitimen Formen, aber Servius versucht

doch noch nachträgliche Legitimirung, während Tarquinius sich lediglich durch illegitime Mittel in der Herrschaft behauptet. Jener stützt sich auf die Plebs, also ein internes Element, Tarquinius dagegen sucht außerhalb Rom's bei fremden Mächten die Stützen seiner Gewaltherrschaft. Gleichwie Ancus und Tarquinius Priscus, und noch mehr als diese, stützt sich Servius auf die Gunst der Plebs, aber von Gewaltthaten weiß über ihn die Tradition so gut wie nichts zu berichten, erst Tarquinius Superbus setzt sich über den Senat, das *regium consilium*, hinweg und betrachtet sich als den *herus* des Staats, diesen gleichsam als sein *patrimonium* (Cic. *de rep*. II, 24. 26. 29. Dion. IV, 29, 31. Lange I. S. 372—4.). Endlich ist es der Einfluß des Fremden, welcher mit Ancus beginnend durch die Tarquinische Zeit immer zu wachsen scheint: die Buchstabenschrift kommt nach Rom, die Götterverehrung in Bildern menschlicher Gestalt wird angenommen, es entstehen (durch Ostia über das Meer?) mit Cumae lebhafte Beziehungen. In Allem, was die Tarquinier thaten, in ihren Reformen des Staatswesens und in der Art des äußeren glanzvollen Aufschwungs, den sie hervorriefen, finden wir uns an die ältere, ungefähr gleichzeitige, Tyrannis der griechischen (unteritalischen) Staatenwelt erinnert. Die Tyrannis aber bahnte der Republik den Weg, war nur deren Vorstufe. Schwegler I. S. 679—699. 780. Mommsen I. S. 98. 248. Lange I. § 56—58. Preller Röm. Mythol. S. 20. 127.

Blicken wir lediglich auf die Außenseite und auf die Form der monarchischen Spitze, so scheint freilich die Zeit des späteren Königthums eine bloße Fortsetzung des Urkönigthums, allein in Betreff der innern socialpolitischen Evolutionen bildet die Republik eine unmittelbare, wenn auch durch mancherlei Action und Reaction sich bewegende Fortsetzung der Tyrannis. Die politische Incorporation der Plebs war ein Bruch mit dem Geist des alten Rom, ein tiefrer Bruch, als die nachherige Abschaffung des Königthums, welche freilich im Lichte späterer Zeiten eine frappantere Rolle spielte und den Schein einer gewaltigeren Revolution erhielt. Zur Zeit des patriarchalischen Königthums lag der Schwerpunkt des gemeinsamen Lebens noch außerhalb der politischen Verfassung, und konnte darum von einem souveränen Staatswillen da überhaupt nicht die Rede seyn; es ist das Werk des usurpatorischen Königthums, alle Momente des Gemeinwesens staatlich centralisirt und so eine wahre Staatssouveränetät geschaffen zu haben. Diese Schöpfung war das Größere, kleiner das Ereigniß, wodurch die Souveränetät sich endgültig im Volke fixirte; in späteren Zeiten haben Patricier und Plebejer gleicher Weise Servius Tullius, den Römischen Solon, als den Neugründer des Röm. Staates angesehen.

Ein neues Stadium des Röm. Lebens beginnt mit den punischen Kriegen; einem Strome gleich dringt nunmehr der Einfluß der ausländischen Kultur in das Römerthum ein, und es vollziehen sich so bedeutende Wandelungen, daß der Scheidepunkt zweier Epochen erkennbar ist. Das bewegende Princip im innern Leben ist während der erste-

ren Epoche der Gegensatz der Patricier und Plebejer gewesen; an dessen Stelle tritt in der zweiten Epoche der Gegensatz der Römer und Peregrinen. Vordem ist Rom eine italische Hauptstadt, und der Römische Staat ein Nationalstaat; nunmehr wird Rom eine Weltstadt, die Metropole der Cultur, und der Staat erweitert sich zum *Orbis Romanus.* Die Rechtsbildung tritt in neue Bahnen, indem die kastenartigen Schranken der pontificalen Rechtshandhabung gesprengt werden, und diese zu einer freien Angelegenheit des Volks erhoben wird. Wie jetzt mit der Einführung des Silbergeldes eine neue Stufe nationalökonomischer Beweglichkeit erstiegen wird, so wird in dem Formularproceß eine für die ganze Rechtsentwicklung wichtige Bildsamkeit des Processes gewonnen. Das Alles aber sind nicht gewöhnliche Neuheiten, sondern wirklich neue Principien, durch welche das gesammte Rechts- und Staatsleben auf lange Zeit hinaus bestimmt wird. Bis in das 3. Jahrh. nach Chr. stehen Rom und das Röm. Reich unter der Herrschaft dieser Principien, und das Erlöschen derselben ist zugleich das Sterben des Römerthums.

Die classische Jurisprudenz ist die dauernde Frucht, welche der stolze Baum des Römischen Geistes getrieben hat. Die Frucht ist zur Reife gebracht und der Stamm stirbt ab. Aus seinem Holze wird endlich in der christlichen Kaiserzeit ein großer Kunstbau gezimmert, aber Leben und Wachsthum sind vorüber, und Papinians Gedanken zu Mumien geworden.

Die Alten selbst bezeichneten seit Constantin d. Gr. die vorchristliche Rechtsbildung als *Jus vetus* oder *Antiquitas*, indem sie dieser ganzen alterthümlichen Masse die *leges novae,* d. h. das neuere Constitutionenrecht, gegenüberstellten. *Paulatim antiquae leges vetustate atque incuria exoleverunt; leges novae a Constantino coeperunt et reliquis succedentibus,* sagt Isidor. 5, 1. Vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 6. Der Codex *Theodosianus* war eine officielle Sammlung dieses neueren „*Jus principale*“. — Orientalischer und christlicher Geist dringen gleichzeitig ein und beschleunigen die Zersetzung des Römerthums. Bis in die Mitte des 3. Jahrh. läßt sich der Zug stetiger Entwicklung verfolgen, aber von da an häufen sich die Wirrnisse und Unterbrechungen, die Feier des 1000jährigen Bestandes der Stadt Rom unter Philippus Arabs i. J. 248 gewinnt den Anstrich einer Leichenfeier. Barbaren gelangen auf den Thron der Cäsaren, in dem wogenden Kampfe der s. g. 30 Tyrannen, die in den verschiedenen Provinzen ihr Haupt erheben, schwindet die letzte Autorität der Römischen Metropole. Zwar umgibt Aurelian dieselbe mit einer neuen stattlichen Mauer, aber diese ist mehr ein Zeichen der Schwäche, als des Glanzes; schon Trebonianus Gallus (252) hatte den Gothen einen Tribut versprochen, Aurelian entschließt sich, *Dacia trans Danubium* wieder aufzugeben. Die mit Septimius Severus beginnende Reihe der Soldatenkaiser bereitet zu dem orientalischen Kaiserthum, die seit Trebonianus Gallus in Uebung kommende Annahme von Mitkaisern zu der endlichen Theilung des Reichs

den Uebergang. Der Schwerpunkt des Reichs zieht sich dann von Rom nach Constantinopel, und der *Orbis Romanus*, rings umwogt von anstürmenden Barbarenvölkern, fällt in den Zustand der Defensive zurück. Römische Sprache und Römisches Recht verlieren sich aus dem Vordergrunde des Lebens und werden an dem neuen Mittelpunkte des Reichs künstlich erlernt. Alle diejenigen Institute, welche mit der nationalrömischen Rechtswelt wesentlich zusammenhingen, z. B. die *manus* und *mancipatio*, die *cretio* und *emancipatio* (*vetus*), die *expensilatio* und *in jure cessio*, die Prädiatur (s. Dernburg Pfandrecht I. S. 40. 335) und die *confarreatio* verschwinden im Laufe des 3. Jahrhunderts, ganz neue Bildungen, wie der Colonat, treten an die Oberfläche. Das Goldcourant wird eingeführt (s. Huschke Census der Kaiserzeit, S. 98.), die alte Scheidung des Röm. Civilprocesses in *jus* und *judicium* durch Einführung des schriftlich organisirten und centralisirten neuen Proceßsystems unter Diocletian beseitigt; der Unterschied Italiens und der Provinzen verliert sich in der von Constantin durchgeführten nivellirenden Reichseintheilung, der Gegensatz der Römer und Peregrinen beginnt zu schwinden, und an dem bevorzugten Stande der *milites* bildet sich ein ganzes neues System von Rechtsanschauungen aus, so daß an die Stelle des alten Dualismus des *jus Romanorum* und *peregrinorum* ein neuer Dualismus des *jus militum* und *privatorum* tritt. Das Privatrecht büßt seine classische Einfachheit ein, indem in zahlreichen Ansätzen neue, aber unfertige, Rechtsideen sich ankündigen, und das bureaukratische Bevormundungssystem ängstliche und unklare Gesetzgebungsexperimente hervorbringt, welche den Verkehr vielfach fesseln, die natürliche Organisation des Credits stören und ohne tiefere Einsicht und schöpferische Kraft die aus der Heidenzeit überkommenen Probleme und Controversen bald nur nothdürftig, bald gar vergeblich zu lösen suchen.

Die bestimmenden Kriterien lassen sich zu folgender Uebersicht zusammenfassen:

Altröm. Zeit oder I. Epoche. 640–250.	Neuröm. Zeit oder II. Epoche. 250 v. Chr.–250 n. Chr.	Nachröm. Zeit oder III. Epoche. 250–641.
Kupfergeld.	Silbergeld.	Goldcourant.
Patricier und Plebejer.	Römer und Peregrinen.	Milites und privati.
Clienten.	Sklaven.	Colonen.
Rom und Italien.	Italien und die Provinzen.	Occident und Orient.
Privilegirte Rechtskunde (Pontifices).	Freie Rechtswissenschaft (juris conditores).	Künstliches Rechtsstudium (Lehranstalten).
Jus strictum.	Jus gentium.	Jus novum.
Legis actiones.	Formulae.	Cognitiones.

VI. Kapitel.

Uebersicht der Entwicklungsstufen.

(Zu § 68-71)

Zu § 71] Mit der von uns aufgestellten Eintheilung in 4 Perioden sind andere Periodisirungen der Röm. Rechtsgeschichte zu vergleichen (s. Rein Privatr. S. 6—8.). Nach dem Vorgange Gibbon's und unter dem Einflusse Hugo's war es lange üblich, folgende 4 Perioden für die äußere Rechtsgeschichte anzunehmen: 1) bis zu den XII Tafeln, 2) bis auf Cicero, bezieh. bis um d. J. 100 v. Chr., 3) bis auf Severus Alexander und 4) bis auf Justinian (s. Schilling Lehrb. f. Institut. I. § 24. S. 49.). Diese viertheilige Periodisirung gewann die Oberhand über die von Bach beliebte siebentheilige: 1) bis zur Vertreibung der Könige, 2) bis zu den XII Taf., 3) bis zu Augustus, 4) bis zu Hadrian, 5) bis zu Constantin d. Gr., 6) bis zu Theodos. II. und 7) bis zu Justinian.

Mit jener Hugo'schen Periodisirung stimmen im Wesentlichen die meisten Neueren überein, z. B. Pernice (Gesch., Alterth. u. Instit. des R. R.), welcher jedoch die zweite Periode bis zu Augustus ausdehnt, Schilling (a. a. O.), Marezoll (Lehrb. d. Inst. § 10ff.) und Rein (Privatr. d. Röm. S. 36ff.), welche die zweite Periode gleichfalls bis Augustus und die dritte bis Constantin d. Gr. fortführen. Auch Puchta (Instit. I. § 36ff.) gliedert die Rechtsgeschichte bis auf Justinian in 4 Perioden, aber er schließt die erste mit der ersten Secession (494 v. Chr.) und die dritte mit Diocletian, und Danz (Lehrb. d. Gesch. d. R. R. I. S. 8ff.) steht zwischen Schilling und Puchta, indem er die 1. Periode mit der Secession, die 3. Periode mit Constantin schließt. Walter (Gesch. d. R. R. § 8ff.) unterscheidet dagegen wieder 7 Abschnitte: 1) die älteste Zeit, 2) die Aufnahme der Plebejer, 3) die Zeit des Kampfes der beiden Stände, 4) die vollendete Republik, 5) die letzten Zeiten der Republik, 6) von Augustus bis Constantin, 7) von Constantin bis Justinian. Dagegen schließt Esmarch (Röm. Rechtsgesch.) die Darstellung mit der Zeit der classischen Jurisprudenz ab und zerlegt die Geschichte in vier Abschnitte, unabhängig von der einfachen Zeitfolge: 1) das alte Recht der Quiriten, 2) das *jus civile*, 3) *jus* und *imperium* (Magistrate und Imperatoren), 4) das classische Recht.

Es verdient ferner bemerkt zu werden, daß Mommsen (in seinen bis jetzt erschienenen 3 Bdn Römischer Geschichte) die Zeit bis Caesar und Augustus darstellt in 5 Büchern: 1) bis zur Abschaffung des Königthums, 2) bis zur Einigung Italiens (266 v. Chr.), 3) bis auf die Unterwerfung Karthago's und der griechischen Staaten (146 v. Chr.), 4) die Revolution der Gracchenzeit, 5) die Begründung der Militärmonarchie.

Becker (Röm. Alterthümer, Thl. 2.) unterscheidet die Königszeit, die Republik und die drei ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit; Lange (Röm. Alterth. I. § 17.) stellt 6 Perioden auf: 1) bis Tullus Hostilius, 2) bis zur Abschaffung des Königthums, 3) bis zu den *leges Liciniae*, 4) bis zu den Gracchenunruhen, 5) bis auf Augustus, 6) bis Constantinus.

Unter allen ist es, wie wir sehen, nur Mommsen, welcher ungefähr in dieselbe Zeit, welcher ich die Bedeutung eines Wendepunktes zugeschrieben habe, nämlich in die Mitte des 3. Jahrh. v. Chr. einen Abschnitt verlegt, doch kann zur Unterstützung dieser Ansicht noch geltend gemacht werden, daß sowohl Preller (Röm. Mythol. S. 21.) als Marquardt (in Becker's Handb. d. Röm. Alterth. Bd. 4. S. 63ff.) mit den punischen Kriegen eine neue (die dritte) Periode der Römischen Religion ansetzen. Indem ich mit den XII Taf. und mit Augustus gleichfalls Perioden beginnen lasse, nähere ich mich der üblichen Periodisirung wieder an.

Den von mir in die zweite Hälfte des 3. Jahrh. n. Chr. verlegten Abschluß anlangend, so könnte dafür allenfalls schon Puchta (Curs. d. Inst. I. § 119.) angeführt werden, welcher in dieselbe Zeit das Erlöschen der Röm. Nationalität setzt. Esmarch führt überhaupt nur bis zu diesem Zeitpunkt seine Rechtsgeschichte fort, und Lange will die nachconstantinische Zeit auch nur als einen Anhang behandelt wissen.

In neuerer Zeit wird mit Nachdruck der Parallelismus und Zusammenhang der juristisch-politischen und nationalökonomischen Entwicklung betont: es dürfte danach unserer Aufstellung der 4 Perioden zur besonderen Empfehlung gereichen, daß jede dieser Perioden ihren Münztypus hat, wie denn „die Münzentwicklung Rom's mit dessen Machtentwicklung überhaupt Hand in Hand geht". Bis auf die XII Tafeln herrscht das *aes signatum* (gezeichnete Kupferbarren), von da an, d. h. nach Sicherung der Herrschaft über Latium, das gemünzte Kupfer (*aes percussum*), seit den punischen Kriegen, d. h. nach Eroberung Italiens, das Silbergeld, und in der Kaiserzeit, d. h. nach Unterwerfung des Erdkreises, beginnt die Entwicklung des Goldes zum Hauptumlaufsmittel.

ZWEITES BUCH.

Die Entwicklungsstufen.

Erste Periode.

Von Ancus Martius bis zur Gesetzgebung der XII Tafeln.

(ca. 640-450 v. Chr.)

VII. Kapitel.

I. Land und Leute.

(Zu § 72-74)

I.

Rom's Bundesvertrag mit Karthago.

Zu § 72] Mommsen setzt jetzt (i. s. Schrift über die Röm. Chronologie bis auf Cäsar, Berl. 2. Aufl. 1859) den berühmten Bundesvertrag zwischen Rom und Karthago in d. J. 348 v. Chr. (406 d. St.), anstatt, wie er selbst noch in der 1. Aufl. seiner Röm. Gesch., ebenso Schwegler I. S. 790ff. und Voigt das *jus naturale* der Römer II. S. 575ff. in das erste Jahr der Republik. „Damit erweist sich freilich dieser Vertrag, der seit Niebuhr als ein Leuchtthurm in der klippenvollen See altrömischer Geschichte gegolten, für die älteste Zeit als ein Irrlicht, und jeder wird das Bedauern Mommsen's theilen, mit dem er das Fundament dieser anscheinend festen Säule untergräbt". v. Sybel's histor. Zeitschr. II (1859) S. 179. —

II.

Ursprung und Eintritt der Plebs.

Zu § 74] Ueber den Ursprung der Plebs (πλῆθος, im Gegensatz zum ursprünglichen *populus*, δῆμος) herrscht seit Niebuhr lebhafter Streit. Der entschiedenste Verfechter der Ansicht, nach welcher Clienten und Plebejer identisch sind, ist Ihne Forsch. auf dem Gebiete der Röm. Verfass.-Gesch. (1847) S. 13ff., indem er sich namentlich auf Dion. II, 9. 10. gründet; bestimmter scheint diese Ansicht durch Liv. 6, 18. Fest. *s. v. patrocinia* und Plut. Rom. 13. gestützt zu werden; s. aber dagegen Schwegler I. S. 628. 643. und Lange I. S. 248. 249.

und § 55. An die Stelle jener Ansicht hat Mommsen (Röm. Gesch. I. S. 62. 88. 91.) die Hypothese gesetzt, daß die Plebs aus der Clientenbevölkerung hervorgegangen sei; wenn freilich derselbe dabei Einwanderungen solcher, welche sich von vorn herein nicht in die Clientel von Privaten (Gentilen), sondern des Königs begaben, als einflußreich denkt, so nähert er sich der vorherrschenden Ansicht, wonach Clienten und Plebejer zwei eigene Bevölkerungselemente und verschiedene Ausgangspunkte socialpolitischer Gestaltung waren, deren Zusammentreffen in Eine Linie erst weit später erfolgte. Clientenschaft eines Königs als solchen wäre nicht Clientel, sondern eine ganz neue, revolutionäre Einrichtung gewesen; wenn sie eine Realität war, so gehörte sie jedenfalls in den Kreis der Einrichtungen, welche an der Umgestaltung des Königthums in Tyrannis ihren Mittelpunkt hatten, und sie muß, nicht bloß beiläufig, sondern wesentlich an dem Ereigniß einer außergewöhnlichen und umfassenden Volksreception angeknüpft haben.

Nach der Tradition hatte schon Tarquinius Priscus den Plan gefaßt, der Plebs eine politische Anerkennung zu verschaffen, allein er scheiterte, weil er dies auf der Grundlage der sacralen Gentilordnung durch Gründung neuer Stammtribus thun wollte, und das zu einem Umsturz des alten *fas* geführt haben würde (Schwegler I. S. 685ff.). Alle patricische Ordnung war in den spröden Rahmen des *fas* eingeschlossen, und alle späteren Kämpfe der Patricier und Plebejer um politische Fragen betrafen zugleich das *fas* (Ihering Geist d. R. R. I. S. 271. 319). Der Streit des Königs mit dem Augur Attus Navius birgt einen Principienkampf von tiefgreifender Bedeutung. Der politische Plan mißlang zwar in der Hauptsache, aber die Einführung des Cultus des capitolinischen Jupiter erleichterte das nachmalige Gelingen in andrer Form. „Zu den Culten und Instituten der bestehenden, mit Rom's Urverfassung aufs Engste verknüpften Staatsreligion hatte die Plebs keinen Zutritt; diese Ausschließung fiel weg bei einem neugegründeten Cult, wie der capitolinische, der sich nicht mehr auf die religiösen Institute der Altbürger, sondern auf den ganzen Staat bezog.“ (Schwegler I. S. 698.). Dieser neue Cult war ein Cultus der Röm. Staatsidee; an seine Gründung knüpfte sich die Weissagung der künftigen Weltherrschaft (Liv. I, 55; V. 54).

Rom zeigt in dieser Periode seine künftige Größe noch nicht, es läßt sie nur ahnen innerhalb der schmalen Dimensionen seines landschaftlichen Lebens. Auch andere Gemeinden Italiens mögen zu jenen Zeiten ähnlich begonnen und dem Römischen Staat, wie er unter Tullus Hostilius bestand, äußerlich sehr geglichen haben, aber eben nur Rom, scheint es, hat im Schoße seines Bürgerthums die Triebkraft eines eminenten Staatswesens getragen und den organischen Keim einer Weltmacht, welcher in dasselbe gelegt war, entfalten können. Rom, in der Periode seiner Kindheit, zeigt noch nicht seine künftige Rolle, aber es läßt sie doch schon ahnen.

III.

Die fremden Exulanten in Rom.

Zu § 74] Die Clienten und Plebejer scheinen nicht die einzigen Zuwachselemente des jungen Rom gewesen zu seyn, vielmehr gibt es Spuren einer dritten Bevölkerungsgruppe, welche von Em. Hoffmann (Zeitschr. f. d. österr. Gymnasien, Wien 1866. S. 552—560. als Schutzverwandte oder Staatsclienten bezeichnet worden ist. Schon die einhellige Tradition vom Romulischen Asyl weist auf ein mit „*hostes*" religiös vermitteltes *commercium* hin; außerdem scheint es noch andere asylartige Stätten um Rom gegeben zu haben, wohin Exulanten aus fremden Gemeinden sich begeben durften. Diese Zulassung aber hing mit dem *jus exilii* zusammen, welches zwischen Rom und einigen Gemeinden in und außerhalb Latium's bestand, den Römern das Recht zur Aufnahme ohne Pflicht der Genugthuung gab und den Aufgenommenen („*cui Romae exulare jus erat*": *Cic. de orat. 1, 39*) des öffentlichen Friedens versicherte. Die Sponsion des Exilrechts setzte *foedus aequum* unter den Gemeinden voraus, welches verhinderte, daß sie sich untereinander die Bürger abwendig machten: daher traten die aufgenommenen Exulanten nicht in den Bürgerverband ein und wurden nicht des *commercium* und *conubium* theilhaft; sie hatten nur einen allgemeinen Verkehrsschutz, womit die ärmeren Schutzverwandten sich wohl zu begnügen pflegten, während die wohlhabenden unter ihnen etwa noch einen Schutzherrn sich erwählten; dieses *jus applicationis* (*se ad quasi patronum applicare: s. Cic. 1, 39.*) war ein Anhang des *jus exilii* und verlieh die Fähigkeit, vor den Magistraten und in Rechtsgeschäften durch den Schutzherrn vertreten zu werden, wie der eigentliche Client in alter Zeit durch seinen Patron. Solche Schutzverwandte waren ohne die besonderen Clientelpflichten, aber entbehrten auch der besonderen Clientelwohlthaten, namentlich des durch die *gens* vermitteltelten Rechts auf Grundbesitz.

VIII. Kapitel.

II. Staat und Heer.

(Zu § 75-79)

I.

Die Servianische Verfassung.

Zu § 76] I. Die Servianische Verfassung und die Vertreibung der Könige sind zusammengehörige Entwicklungsmomente, denn sie erheben Rom aus dem Zustande des Naturstaats auf die Stufe des Kunststaats. Der neue militärische Organisationsplan befreite von dem Bande sacraler Tradition und schuf den politischen Trieben einen eignen Boden; durch die republicanische Umgestaltung der Magistratur aber ward der Staat gleichsam vergeistigt, indem die monarchische Verkörperung des Staatswillens wie eine schwerfällige und gefährliche Hülle abgestreift ward. Lange (I. S. 398) bemerkt richtig, daß die Compe-

tenz der Centuriatcomitien wesentlich staatsrechtlicher Natur war, daß daher der Kampf, welcher auf dem Boden der neuen Verfassung mit dem patricischen *Populus* geführt wurde, zu fortschreitender Emancipation von der patriarchalischen Familienordnung führte, daß aber jene Competenz wesentlich geschaffen wurde durch eine (freiwillige) Verringerung des königlichen *Imperium*, und daß hiernach der Fortschritt der Verfassungsentwicklung in den ersten Zeiten der Republik sich als ein Streben nach Verringerung des *Imperium* der Magistrate und nach Begründung der Souveränetät des Volkes kund gab. Liv. 1, 48. 60; 4, 5. Varro de L. L. 5, 87. Wenn aber Lange (I. S. 493.) das Resultat der Revolution als Uebergang von der Monarchie zur Aristokratie bezeichnet, so enthält das eine herkömmliche Gegenüberstellung, die bekämpft werden muß; denn es gibt aristokratische, (genokratische) Monarchien wie Republiken, und die Vertreibung der Könige begründete nicht erst eine Aristokratie, sondern wandelte nur die aristokratische Monarchie in eine aristokratische Republik um.

II. Ohne Zweifel entsprang die Servianische Verfassung nicht als vollendeter Plan einer plutokratischen Staatsverfassung dem Kopfe des ersten Gesetzgebers, vielmehr sind spätere Entwicklungen auf dem Grunde der Servianischen Einrichtungen anachronistisch auf Servius Tullius selbst bezogen worden, wie denn bei der Vertreibung der Tarquinier diese Einrichtungen wieder hergestellt, zugleich aber auch fortgebildet wurden. Mommsen (I. S. 96.) sagt, augenscheinlich sei die ganze Institution von Haus aus militärischer Natur und ihre Verwendung zu politischen Zwecken eine spätere Neuerung: er stimmt darin mit Schwegler (I. S. 752 ff.) überein; wahrscheinlich ist auch in der Anordnung des Servius Tullius, für Angriffskriege in den Centuriatcomitien, statt wie früher in den Curiatcomitien, den *jussus populi* (*lex de bello indicendo*) einzuholen, der Keim der legislativen Competenz jener Comitien enthalten (Lange II. S. 513); bewaffnet und in militärischer Ordnung versammelte sich das nach Centurien berufne Volk (Dion. 4, 84; 7, 59. Marquardt II, 3. S. 89.), *classis* bedeutete das aufgebotne Heer, *centuria* eine militärische Abtheilung von 100 Mann, und die *comitia centuriata* wurden oft schlechthin als *exercitus* (*urbanus*) bezeichnet (Liv. 39, 15. Gell. 15, 27. Varro de L. L. 6, 93. Lange I. S. 402. 486.). Die 5 Classen waren Waffengattungen und Heeresabtheilungen. Die Bürger der ersten Classe, die Schwergerüsteten im Heer (*principes, proci, classici*), bildeten die 4 vordersten, diejenigen der zweiten, dritten und vierten Classe (*triarii*) die 3 folgenden Glieder der Phalanx, und alle zusammen hießen *hastati* im Gegensatz der nicht mehr zur Phalanx gerechneten Bürger der fünften Classe, (*accensi velati* oder *adscripticii*). Lange I. S. 408. u. § 64, mehrfach abweichend von Mommsen I. S. 94, sowie von Em. Hoffmann, welcher i. d. Zeitschr. f. österr. Gymn. (1866. S. 589—594.) unter den *accensi velati* eine besondere aus *dediticii* gebildete Centurie versteht. Als Dienstleute des Heers standen außerhalb der Classen die Zimmerleute und Schmiede (*fabri tignarii*

und *aerarii*), sowie die Hornbläser und Trompeter (*cornicines* und *tubicines*); sie sollen nach Liv. 1, 43. mit der ersten und fünften, nach Dion. 4, 17. mit der zweiten und vierten Classe gestimmt haben; übrigens hatten sie mit den *equites*, welche mit der ersten Classe stimmten, das gemein, daß sie nur aus *juniores* bestanden. Lange I. S. 420.

Die Servianische Verfassung also war eine Heeresordnung, aber es lag nahe, sie zur Censusverfassung zu gestalten, da die kostspieligere Rüstung durch ein größeres Vermögen bedingt war; die Classeneintheilung ruhte daher auf einer Vermögensabstufung, und zwar wird von den neuesten Forschern übereinstimmend angenommen, daß jene Eintheilung in Gemäßheit der damals herrschenden Bedeutung des Grundbesitzthums eine Eintheilung der Ansässigen oder Begüterten (*assidui*, *locupletes*) war. Lange I. S. 427. Ausgenommen blieben nur die Armen (*capite censi*, *proletarii*: Liv. 1, 43), aus denen, aber wohl erst später (etwa i. J. 449: Lange I. S. 406.) eine eigne letzte Centurie formirt ward, und die Schutzgenossen (*aerarii*, *municipes* s. unten Kap. 10). Diese Fundirung des neuen Systems auf das Vermögen birgt ein völlig neues Princip. Vorher war das Anrecht auf Grundbesitz schlechthin von der Geschlechtsgenossenschaft (und Staatsangehörigkeit), jetzt die staatsrechtliche Stellung vom Grundeigenthum abhängig: der Schwerpunkt der Verfassung ward somit aus der Gentilität in die Ansässigkeit verlegt und dadurch der Familienstaat gewissermaßen in einen Territorialstaat umgewandelt.

III. Die traditionellen Censussummen sind erwiesnermaßen (Bökh Metrolog. Untersuch. 1838. S. 427ff.) nicht die ursprünglichen Ansätze der Servianischen Verfassung, sondern die (in Folge späterer Münzreductionen erhöhten) Censussätze des Sextantarfußes, wonach 1 Sextantaras gerade $1/_5$ des Libralasses (= 1 alten rohen Kupferpfund) betrug; sie müssen daher auf den fünften Theil herabgesetzt werden, um die ursprünglichen Ansätze herzustellen. Nach der übereinstimmenden Annahme von Huschke (S. 112ff. 164.) und Mommsen (Röm. Tribus S. 111ff.) entsprach, da das *Jugerum* nach dem Sextantarfuß zu 5000 Assen gerechnet wurde, der Census der 1 Cl. einem Grundbesitz von 20 Jugern (Jucherten oder preussischen Morgen, deren 494 gleich 500 *jugera* sind, Mommsen I. S. 298), derjenige der 5. Cl. einem Grundbesitz von 2 Jugern, also dem alten *heredium*, dem damals kleinstmöglichen Grundbesitz; wer kein *heredium* hatte, konnte nichts als sein *caput* in den Census bringen. Mommsen (I. S. 93) denkt sich das Besitzthum von 20 *jugera* als eine volle Bauernstelle und bezeichnet demnach die Bürger der 1. Classe als Vollhufner, und die 4 Reihen der kleineren Grundbesitzer als Inhaber von Dreivierteln, Hälften, Vierteln und Achteln einer Vollhufe.

IV. Noch ist hier Vieles unaufgeklärt und Hauptsächliches problematisch. Es dürfte daher erlaubt seyn, auch nach den neueren maßgebenden Forschungen und gerade auf Grund derselben auf eine frühere

nunmehr sichrer zu begründende Hypothese, diejenige Niebuhr's (R. Gesch. I. S. 475. 476), die schon von Pufendorf angedeutet, nacher auch von v. Vangerow und Göttling vertreten wurde, zurückzukommen. Daß nicht das Besitzthum des Römers ohne Ausnahme Censusvermögen war, ist freilich festzuhalten, auch von Niebuhr angenommen, und wird das Gegentheil schon dadurch widerlegt, daß die Berücksichtigung der Schulden im Census erwiesnermaßen weit spätern Datums ist. Aber anderseits spricht auch manches gegen die Annahme, daß schlechthin nur der Grund und Boden in Rechnung gezogen worden; zuerst der Umstand, daß nicht ein nacktes Grundstück, sondern das Grundstück so, wie es dem Landmann als wirthschaftliches Ganzes und Vollständiges erscheint, also mit dem zur Bebauung mitwirkenden Personal an freien und unfreien Hofgenossen, mit dem ein bestimmtes Maß Grundbesitzes fordernden und zugleich durch dasselbe geforderten Großvieh (*jumentum et armentum*) und endlich mit der etwaigen nachbarrechtlichen Werthserhöhung (*praedia qualiter se habentia: fr. 86. D. de V. S.*) als der natürlichste Schatzungsansatz gelten mußte. Solches entspricht der patricischen Rusticalsituation. — Wir müssen aber, während Lange I. S. 133.426., Rein Röm. Privatr. S. 241. u. A. bei ihrer Erklärung der *res mancipi* auf diesem Punkte verharren, noch einen Schritt weiter gehen, um nicht die mobilen *res mancipi* in die untergeordnete Stellung von Pertinenzen zu drücken. Nie, so weit wir in der Röm. Geschichte zurückblicken können, hat da der Grund und Boden eine solche Rolle gespielt, wie z. B. bei den Germanen, nicht aus dem Territorium, sondern aus der Bürgerschaft ist die Röm. Staatsidee und Staatsgewalt hervorgewachsen, und das Privatrecht hat nie einen principiellen Unterschied von Liegenschaft und Fahrniß gemacht. Wäre der Grundbesitz die Basis der Bürgerstellung gewesen, so hätte sich das sicher in der Erbfolge geltend gemacht, allein keine Spur einer besonderen Erbfolge in den Grundbesitz ist wahrnehmbar. Die Liebe zum Ackerbau ging als sociale Neigung und noble Passion neben dem Staate her, der politische Trieb bemächtigte sich mit gleicher Energie des Mobiliars, und es lag ihm näher, zwischen gewissen Arten des Mobiliars, als zwischen Immobiliar und Mobiliar, Unterschiede zu sanctioniren. Freilich mußte dann eine Abstraction der Güterwerthe stattfinden, um Immobiliar und (relevantes) Mobiliar unter einen Generalnenner zu bringen, aber gerade das entsprach dem politischen Naturell der Römer, das von Anfang an zur Reflexion (s. Cursus § 55) ebenso geneigt als geschickt war. Die Vermuthung liegt also nahe, daß für diese Gestaltung eben die Servianische Reform entscheidend war, denn es wäre sonst auffallend, daß die (von der neueren Forschung corrigirte) Röm. Tradition selbst so völlig das Kriterium des Grundbesitzes verloren und den Census schlechthin als abstracten Vermögenscensus vorgestellt hat. Wann und wie soll der Uebergang zu diesem, der doch späterhin wirklich war, stattgefunden haben? Alle Spuren einer

principiell so wichtigen Begebenheit fehlen, und sollte es möglich seyn, daß diese so völlig verloren gingen? Ist doch die Umwandlung der Viehbußen in Geldsätze (durch die *lex Julia Papiria* 430 v. Chr.) in der Tradition bewahrt worden. Erwägen wir zugleich, daß die Servian. Verfassung offenbar im Sinne plebejischer Begünstigung concipirt war, und daß der Mobiliarverkehr mit städtischem Gepräge sich in Rom gar frühzeitig entwickelte, so müssen wir annehmen, daß, was unter Plebejern als normaler Grundstock des Vermögens, als ständiges Familiengut galt, sei es Immobiliar oder Mobiliar, die Stelle des *caput* in der Heeres- und Staatsgliederung bestimmen sollte.

Das ist aber noch genauer festzustellen. Huschke (Verfass. des Serv. Tull. S. 121) sagt: „Indem in der Centurienverfassung der Uebergang von der Person auf das Vermögen gemacht wurde, hatte das letztere selbst noch eine absolut persönliche Natur und war, so zu sagen, nur der vermögensrechtliche Ausdruck dessen, was bis dahin die Person selbst gewesen war. Vermögen ist nichts Anderes, als die sich in die Sachenwelt hineinlegende und dadurch sie mit sich vereinigende Person, und auf dieselbe Weise, wie Jemand die nicht zufällige, sondern fest bestimmte Vielheit seiner Glieder in seiner Gewalt hat, gehört ihm auch in einem dem Geiste noch ferner stehenden Kreise die Vielheit seiner Sachen.“ Diese tiefe, auch von Ihering II. S. 164. angedeutete, Auffassung des Vermögens führt uns von selbst auf folgende Unterscheidung innerhalb desselben. Gewisse Sachenarten stehen der menschlichen Persönlichkeit näher, als andere: gewisse *fundi* (Haus-, Garten- und Feldgrundstücke) und gewisse *pecudes* (Zug- und Lastthiere), jene für den sitzenden, diese für den handelnden Menschen wichtig; sie ergänzen zunächst die Persönlichkeit des Culturmenschen (*bos arator: Varro de re rust. 2, 5.*) und gehören zur Familie, ja verschwimmen mit dieser fast in Eins; nach altrömischer Tradition hatte die Thierwelt im *jus naturale* ein gemeinsames Band mit der Menschenwelt, gewisse Thiere aber theilen ganz besonders mit dem Menschen das Gepräge des Individuellen und die Bestimmung zu größerer Lebensdauer: sie gerade in die *familia* eingeschlossen zu denken, lag daher einer einfachen und energischen Rechtsanschauung nahe genug; Plin. *Hist. nat. 8, 45* erzählt: *„damnatus a populo Romano die dicta, qui occiderat bovem, actusque in exsilium, tanquam colono suo interemto.“* *Familia* (*res familiaris* im engeren Sinne) war demnach der gesonderte, persönliche Grundbesitz sammt dem bedeutenderen (beseelten) Mobiliar, welches mit dem Hauspersonal unter der *manus* des *paterfamilias* vereint eine geschlossene Rechtssphäre bildete und den politischen Reformplänen zur Anknüpfung diente. Diese Sphäre aber ist keine andere als der altrömische Kreis der *res mancipi* (*Cic. pr. Flacc. c. 32: „censui censendo“*). In solchem Zusammenhang erhält der vielbesprochene Begriff ein bedeutendes Relief, und es würde sich erklären, wie der in die Staatsordnung eingegliederte Begriff sich dann so fixiren und erstarren konnte. *Manus* war die auf hervorragendes Mo-

biliar (gewisse Semoventien) ausgedehnte „Gewere“, die rechtlich anerkannte Herrschaft über die *familia* im vollen Sinne, *res mancipi* waren deren Bestandtheile, welche controlirbar und controlirt, beim Census anzugeben und des Bürgers politische Stellung zu bestimmen geeignet waren, als Privatvermögen anerkannt und geschützt und demgemäß nur in solenner Weise übertragen wurden. Aber diese *familia* war, wie sie einerseits gegen das Gebiet der Staatsherrschaft und das öffentliche Wald- und Weideland abgegrenzt war, ebenso getrennt von dem Bereiche aller solcher Sachen, welche der Person minder nahe stehen und gewissermaßen den Uebergang zu den *res communes omnium* bilden: das ist das Kleinvieh (Heerden- und Federvieh: Schafe, Ziegen und Schweine, Gänse, Hühner und Fasanen) nebst dem offenen Weideland, und was sonst fungibler Natur Haus und Hof in freier, schwärmender Masse umgibt. Dieser Unterschied kann der Servianischen Ordnung nicht fremd geblieben seyn. Da solche Viehstücke mehr nur als Consumtibilien in Betracht kamen und nicht den ständigen Werth des Vermögens bilden halfen, so fielen sie außerhalb der Censussphäre, sie waren *res nec mancipi*, deren Cardinalgattung ursprünglich die *pecudes, quae gregatim habentur*, nachher die *nummi* waren, mit Einem Worte als *pecunia* bezeichnet. Zum Heerdenvieh aber gehört Weideland: auch dieses kann ursprünglich nicht militär- und steuerpflichtiges Gut gewesen seyn, noch zu den *res mancipi* gehört haben, wie dies durch Isidor (Orig. 15, 13) ausdrücklich bestätigt ist: *„possessiones, agri late patentes publici privatique, quos initio non mancipatione, sed quisque ut potuit, occupavit atque possedit“*, und von Horat. (Od. II, 15) treffend angedeutet wird: *„Privatus illis census erat brevis, commune magnum“*. — Der Urheber der Servian. Ordnung hat mit der politischen Reform zugleich eine civilistische vollzogen: einen Fortschritt in der Entfaltung der juristischen Vermögenssphäre, in welche Neues, nämlich ein Theil der Thierwelt hereingezogen ward. In der Erweiterung der *familia* zum Umkreis der *res mancipi* lag grundsätzlich ausgesprochen die Emancipation des Mobiliars vom Pertinenzkarakter; derselbe schöpferische Act, welcher die Plebs, bis dahin nur politische Pertinenz, zu einem eignen Theil und Factor des Staatsorganismus erhob, stellte auch die hervorragenderen Semoventien neben das Immobiliar in der garantirten Privatsphäre, und wie es daneben Proletarier unter den Bürgern gab, so auch proletarische Sachen, nämlich die fungiblen Massenthiere. Ist dies nun Alles richtig, so muß sicher auch angenommen werden, daß schon von Servius Tullius die Censussätze nicht oder nicht allein in Jugern, sondern in Quantitäten des *aes grave* ausgedrückt waren; seine Reform hatte mithin zugleich eine nationalökonomische Seite, und die Einführung des *signatum aes* half diesen Census ermöglichen. So kommt diese Einführung, die sonst nur als isolirte That jenes Königs erscheint, zur Bedeutung eines Gliedes in der ganzen Reformkette, welche an diesen Namen geheftet ist. Allerdings hat diese wirthschaftliche Abstraction in so früher Zeit etwas Befremden-

des, doch liegt sie, wie gesagt, keineswegs außer der Röm. Art, und wir denken uns die praktische Gestaltung auch nicht so, daß schon im Anfang das Mobiliar thatsächlich eine große Rolle gespielt hätte, vielmehr so, daß thatsächlich der Grundbesitz in vorwiegenden Betracht, das Mobiliar thatsächlich nicht oder nur selten als selbständiger Censusfactor zur Geltung kam, daß es aber principiell doch dazu kommen konnte und allmählich ohne besondere Schritte oder Sprünge der Gesetzgebung wirklich dazu gelangte nach Maßgabe der Ausbildung der Mobiliarwirthschaft. Formell also trat von Anfang an der Censussatz in Beträgen des *aes signatum* auf, und dies war der staatsrechtliche Modus, aber in der praktischen Volksanschauung stellte der Censussatz ein gewisses Maß Grundbesitz dar, und erst nach und nach löste sich auch praktisch das eine vom andern, jemehr die städtische Art zum Prototyp der gesammten Verkehrsordnung ward. Wenn die bei den Römern (*Cic. Topic. 2; de republ. 2, 22. Gell. 16, 10; Paul. Excerpt. v. assiduus*) sehr verbreitete Ansicht, daß *assiduus* von *aes dandum* herkomme, richtig ist, so läge darin eine weitere Stütze obiger Ansicht. Eine treffende Analogie zu der eben bemerkten Entwicklung bietet das germanische Recht, wo wir finden, daß die Bußen immer in Geld angesetzt, aber immer in Viehstücken erlegt wurden: so trennten sich die Gesetzformel und das thatsächliche Leben. Es lassen sich manche Parallelen zwischen jener urgermanischen Zeit und der Zeit der Röm. Könige ziehen; sollte nicht auch hier die eine zum Verständniß der anderen herbeigezogen werden dürfen? — Endlich ist zu berücksichtigen, daß der Wettbetrag der großen und der geringfügigen Sacramentsprocesse, d. h. über und unter einem *jugerum*, ebenso der Satz der *lex Pinaria* und der *lex Furia testamentaria*, welche ein *jugerum* als Grenze festhielten, gleichfalls in Geld ausgedrückt waren.* Wir ersehen daraus, daß Formulirung in Geld schon die Sprache der älteren Gesetze war; wenn aber Bußen vordem in Vieh, und erst seit der *lex Aternia Tarpeja* in Geld formulirt wurden, so kann dies darin begründet gewesen seyn, daß diese Bußensätze aus der ältesten Vorzeit, wo es noch überhaupt kein Geld gab, herrührten.

Es ist gewiß, daß der Begriff der *res mancipi* eine selbständige sachliche Begründung haben mußte, und wir uns nicht mit dem Satze begnügen können, *res mancipi* seien die mancipirbaren Sachen gewesen. Wir werden mit Nothwendigkeit zu der Frage gedrängt: warum war eben ein beschränkter Kreis von bestimmten Sachen der *mancipatio* empfänglich? Jener Satz würde schon deshalb ungenügend seyn, weil er nicht ganz zutreffend ist, denn die *hereditas* (*familia* als Vermögensganzes) war mancipirbar, und wurde doch nicht unter den *res mancipi* aufgeführt. Etwa, weil sie nicht eine *res corporalis* war? nein, denn aus demselben Grunde hätten die Rusticalservituten ausgeschlossen bleiben müssen. Gehen wir nun von dem oben durchgeführten Gesichtspunkte aus, so erklärt sich jener Umstand einfach: die Rustical-

*) s. Excurse zu § 132—150. No. VII.

servituten dienten zur berechenbaren Werthserhöhung der Grundstücke, eine Erbschaft aber konnte nicht als selbständiger Bestandtheil des zu überschlagenden Bürgervermögens in Betracht kommen.

Sodann ist zu berücksichtigen, daß die *mancipatio* ihrer Uranlage nach offenbar mehr auf Mobiliar als Immobiliar berechnet erscheint (*Vat. fragm. 19, 6*), denn bei letzterem läßt sich nur uneigentlich von *manu capere* reden, auch sehen wir, wie rücksichtlich desselben die Mancipation zu einem künstlichen Act umgebildet wurde (*mancipatio absentis praedii* und Collectivmancipation). So trug die *mancipatio* von vorn herein die Signatur des Mobiliars; ist aber ein innerer Zusammenhang der *mancipatio* mit der Urbedeutung der *res mancipi* und der *res mancipi* mit der Classenordnung wahrscheinlich, so ist anzunehmen, daß die letztere nicht schlechthin auf den Grundbesitz gegründet war, sondern wahrscheinlich von vornherein ein mobiles Gepräge hatte.

Außerdem sind folgende Punkte in Erwägung zu ziehen: 1) Wenn nicht der Grundbesitz schlechthin, sondern der Bereich der *res mancipi* die Grundlage des Censusvermögens (*familia*) bildete, so konnte die Annäherung an den abstracten Vermögensmaßstab leicht geschehen: der Uebergang vom Immobiliar zum Mobiliar ist ein Sprung, von gewissem Mobiliar zu weiterem Mobiliar ein Schritt, ein solcher Fortschritt aber und auch seine nachherige Verwischung in der geschichtlichen Erinnerung wäre ungleich leichter erklärlich. 2) Für die alte Unterscheidung der *res mancipi* und *nec mancipi* und für die gleich alte Zusammenstellung von *familia pecuniaque* (Censusformel bei *Cic. de leg. 3, 3: „familias pecuniasque censento"*; Testirformel bei *Cic. de inv. 2, 50: „super familia pecuniave". Gai. 2, 104. Gell. 16, 10*) ist eine klare und breite Grundlage gefunden*. 3) Vielleicht aber fällt von da auch ein Streiflicht auf das *tributum*, dieses gleichfalls wichtige Servianische Reformmoment. Lange (I. S. 467) denkt sich die Kriegssteuer als eine Zwangsanleihe, welche nach glücklicher Beendigung des Kriegs aus dessen Ertrag (Beute-Contribution) den Bürgern zurückerstattet ward. Nun, zu welch anderen Zwecken, als zur Verpflegung der Legion wäre damals ein Aufwand erforderlich gewesen? Depots an Consumtibilien waren Bedürfniß, diese mußten die Bürger steuern, sie lieferten sie aus ihren Vorräthen an *res nec mancipi*, und wurden demgemäß aus derjenigen Beute entschädigt, welche die Natur der *pecunia* trug; was die Natur der *familia* hatte, fiel zunächst dem Staate zu. So decken sich *pecunia*, *res nec mancipi* und *tributum*. 4) Denken wir uns, daß die Patricier die Nutznießer des öffentlichen Weidelandes waren, während die Plebejer auf ihr größeres oder kleineres Privatgut bez. geringen Viehstand zum Handgebrauch beschränkt blieben: so ergibt sich, daß die *res nec mancipi* bei letzteren überhaupt nur eine geringe Rolle spielen und ein Ueberfluß an ihnen (*peculium, pecunia*) nur bei den Patriciern Regel seyn konnte. An dieser

*) Hierüber ist noch die weitere Ausführung im Excurs des 11. Kapitel zu vergleichen.

Constellation ist anzuknüpfen, um in der Geschichte des *nexum* die Gläubigerstellung der Patricier gegenüber der Schuldnerlage der Plebs zu erklären.

Was gegen die Verknüpfung der *res mancipi* mit der Servianischen Verfassung (von Danz Lehrb. d. Gesch. d. R. R. I. S. 195. u. A.) eingewandt worden ist, wird von selbst durch die Resultate der neueren Forschung hinfällig, wonach nicht das abstracte Vermögen schlechthin die Grundlage des Census gebildet haben kann. Scheinbar am weitesten nun entfernt sich von obiger Ansicht die von Manhayn aufgestellte und weiter von Danz l. c. (s. auch Ihering Geist d. R. R. I. S. 109) verfochtene, bez. modificirte Ansicht, daß die *res mancipi* solche Kriegsbeute waren, welche zunächst dem Staat zufiel und nur durch dessen Hand in Privateigenthum übergehen konnte, — und dennoch vereinigen sich beide Ansichten auf's Einfachste: denn wenn *res mancipi* den Bestand des censirbaren und die politische Stellung der Bürger bestimmenden Vermögens bildeten, so war es selbstverständlich, daß Sachen dieser Art, die erbeutet wurden, zuvörderst vom Staate selbst in die Hand genommen wurden, um ihre Vertheilung publicistisch zu regeln und bez. dem Staatsschatze aus ihrer Versilberung neue Fonds zu verschaffen: vielleicht erklärt sich so auch am einfachsten, wie der Ausdruck *manubiae* (*manus, res mancipi!*) die Bedeutung des Erlöses aus der Staatsbeute erlangen konnte. *Res nec mancipi* (Kleinvieh und Fourage, Waffen und Gepäck und Erz) konnten von den einzelnen *milites* als unmittelbarer Lohn ihrer Tapferkeit davongetragen, getrieben werden. (Vergl. das *foedus Latinum: „Pecuniam quis nancitor, habeto!“* Dazu Schwegler II. S. 312. 313) Privat- und Staatsrecht in gleicher Weise verhielt sich indifferent zu diesen Sachen. Je mehr die Servian. Verfassung ihren Schwerpunkt im Militärischen hatte, um so näher mußten die zwei genannten Gesichtspunkte, Censusvermögen und Staatsbeute, aneinander rücken, und mithin sind obige zwei Ansichten, richtig gefaßt, so weit entfernt sich zu widerstreiten, daß sie sich vielmehr gegenseitig unterstützen, ergänzen und fordern. Die zweite Ansicht ist eine Consequenz der ersten, und diese drängt zu jener, wenn es wahr ist, daß die Servian. Verfassung eine Heeres- und Kriegsordnung war; die erste Ansicht aber bildet die Grundlage der zweiten, und ohne jene bliebe unerklärlich, daß auch Rusticalservituten, die doch nicht Gegenstand der Erbeutung seyn konnten, und daß nicht auch Kriegsgeräth und Heerdenvieh, das doch vorzugsweise erbeutet werden mochte, zu den *res mancipi* gerechnet wurden. —

V. Daß die Patricier in den Centuriatcomitien das entschiedene Uebergewicht hatten, ist zufolge der Angaben des Dionysius die herrschende Ansicht, auch Lange (I. S. 394. 422. 499. 515!?) hält dieselbe noch fest gegenüber Schwegler (II. S. 21. 154. 633ff.), welcher annimmt, daß der größte Theil der Patricier den Rittercenturien angehörte, überhaupt die Patricier an Censusvermögen (Grundeigenthum im Unterschied von Possessionen und Capitalien) der Plebs weit

nachstanden, daß sie daher nur mittels des *imperium consulare*, der *auctoritas senatus*, des Bestätigungsrechts der Curien und der Stimmen ihrer Clienten die Centuriatcomitien in der Gewalt hatten. Auch rücksichtlich der Curiatcomitien ist noch nicht Alles klar: nach der gemeinen Ansicht ist das Stimmrecht in den Curien zu allen Zeiten ein Vorrecht der Patricier geblieben (Schwegler II. S. 153., dagegen Husehke S. 84.), wogegen Mommsen (Röm. Forsch. S. 144ff.) annimmt, Patricier und Plebejer hätten in den Curiatcomitien der Republik eben wie in den Centuriatcomitien gemeinschaftlich gestimmt, es sei also für beide Versammlungen das Stimmrecht wesentlich dasselbe, und nur die Eintheilung und Gliederung der Stimmberechtigten verschieden gewesen.

VI. Die Servianische Tribuseintheilung war eine Eintheilung des Territoriums in geographische Bezirke, also im Unterschied von den altpatricischen auf sacraler Stammbürtigkeit ruhenden Tribus eine rein äußerliche und rein weltliche oder administrative Bodeneintheilung (Mommsen Röm. Tribus, S. 14ff.); nur sofern schon die alte Tribusgliederung zugleich den Karakter städtischer Districte angenommen hatte, mag sich an sie die neue Eintheilung äußerlich angeschlossen haben (Schwegler I. S. 736). Man hat dieselbe irrthümlich für eine Eintheilung bloß der Stadt selbst gehalten (so noch Walter Gesch. d. R. R. I. § 28.), weil infolge späterer Veränderung die Namen der 4 Servianischen Tribus auf die 4 Stadtquartiere beschränkt wurden; wahrscheinlich gehörten vielmehr zu jeder Tribus außer den betreffenden Hügeln der Stadt auch mehrere *Regiones* des *Ager Romanus* (Liv. 1, 43. Dion. 4, 14). Der Unterschied der *tribus urbanae* und *rusticae* entstand erst später, als im J. 494, zufolge der *secessio plebis* die Zahl der Tribus auf 21 erhöht ward, um für die bewilligten *concilia plebis* eine größere Anzahl von Stimmkörpern zu erzielen. Lange I. S. 437. 443. in Uebereinstimmung mit Huschke und Mommsen. Vergl. Schwegler I. S. 737. Mit diesem Ereigniß ging die administrative Bedeutung der Tribus in eine politische über. Lange I. S. 436.

II.

Der Uebergang zur Republik.

Zu § 78] Mit Vertreibung der Tarquinier ward das Königthum, aber nicht die Königsgewalt abgeschafft (Cic. *de rep.* 2, 32. Mommsen I. S. 250), erst Valerius, der Wiederhersteller der Servian. Verfassung, führte eine Verringerung des magistratischen *Imperium* zu Gunsten der Centuriatcomitien herbei: er verpflichtete die Consuln zur Gestattung der Provocation in allen auf Todesstrafe oder körperliche Züchtigung gehenden Anklagen innerhalb der Bannmeile (*lex Valeria de provocatione*), gestattete allen Patriciern die Bewerbung um das Consulat und entzog mithin (s. dagegen Schwegler II. S. 149) den regierenden Consuln die unbedingte Auswahl der zu präsentirenden Candidaten (*lex Valeria de candidatis s. de petitione consulatus*), end-

lich bedrohte er jeden die so modificirte *lex curiata de imperio* verletzenden Usurpator mit der stärksten Sanction (*lex Valeria de sacrando cum bonis capite ejus, qui regni occupandi consilia inisset*). Lange I. S. 50ff. Dazu Ihne im Rhein. Museum 1866. S. 165.

Neben den Reformen des Valerius Poplicola, welche das consularische *Imperium* beschränkten, steht als ein gleichfalls der ersten Zeit der Republik angehöriges Ereigniß die Einführung der Dictatura, welche eine unumschränkte, unverantwortliche Magistratur ohne Provocation, also ein Könignthum auf Zeit war; über dem Ursprung derselben liegt vollständiges Dunkel, welches einer von Ihne (Forsch. auf d. Gebiete d. Röm. Verfass.-Gesch. 1847. S. 42ff.) angeregten und von Schwegler (II. S. 92 ff. 131) weiter geführten Hypothese Raum läßt: nach derselben ward der Uebergang der Monarchie ins Consulat vermittelt durch die Verfassungsform der Dictatur, gleichwie in anderen Städten Latiums; nur auf den Dictator und zwar als ständigen Magistrat könne jene von Liv. 7, 3 erwähnte *lex vetusta, ut qui praetor maximus sit, Idibus Septembribus clavum pangat,* bezogen werden; gut würde dazu Niebuhr's Annahme, daß die Dictatoren in ältester Zeit von den Curien gewählt worden, stimmen, wogegen freilich die meisten Neueren sich erklären (s. Schwegler II. S. 124).

III.

Magistratur, Comitien und Senat in der Republik.

Zu § **78. 79**] I. Die im Consulat geschaffne Institution concurrirender Gewalten war einzig in ihrer Art und höchst originell: sie „ist offenbar hervorgegangen aus dem Bestreben, die königliche Macht in rechtlich ungeschmälerter Fülle festzuhalten und darum das Königsamt nicht etwa zu theilen oder von einem Individuum auf ein Collegium zu übertragen, sondern lediglich es zu verdoppeln und damit, wo es nöthig war, es durch sich selber zu vernichten. Nicht den beiden Beamten zusammen ward die höchste Macht übertragen, sondern es hatte und übte sie jeder Consul für sich so voll und ganz, wie der König sie gehabt und geübt hatte, und wenn auch eine Competenztheilung stattfand, so hatte dieselbe doch in keiner Weise bindende Kraft. Wo also die höchste Gewalt der höchsten Gewalt entgegentrat, und der eine College das verbot, was der andere befahl, hoben die consularischen Machtworte einander auf". Mommsen I. S. 250. „Die republikanische Magistratur kann man als die Erbin der Königsgewalt bezeichnen, doch ist dieser Satz einer doppelten Einschränkung zu unterwerfen. Denn einerseits vererbte nicht die volle Königsgewalt auf die republikanische Magistratur, indem das Priesteramt des Königs auf den außerhalb der Magistratur stehenden *Rex sacrificulus,* bez. auf den *Pontifex Maximus* überging; die Magistratur unterscheidet sich daher durch ihren weltlichen Karakter, dem sehr bald auch die ihr verbliebenen Auspicien dienstbar wurden, von dem Königthum. Und

anderseits läßt sich wenigstens Ein in dem republikanischen Aemterkreis sehr wesentliches und für sie karakteristisches Element, das Volkstribunat, und was sich daran anschließt, nicht aus der königlichen Gewalt ableiten; dasselbe erscheint denn auch freilich deshalb als ein unorganisches Glied im System." Lange I. S. 583.

Die Stellung von *magistratus* (mit *potestas*) ward anfangs den Tribunen und Aedilen bestritten, allein nach und nach errangen sich dieselben das *jus* der *mulctae dictio*, das *jus concionis* und *edicendi* (Becker Handb. d. Alterth. II. 2. S. 296.), und mit dem Publilischen Gesetz, welches die *concilia plebis* zu *comitia* erhob, war die Anerkennung jener Volksbeamten als *magistratus populi Romani* ausgesprochen, denn *creatio* konnte nur in Comitien geschehen, und *comitia* und *magistratus* waren zusammengehörige Begriffe. Patschnik, Zeitschr. f. d. österr. Gymnasien, 1863. S. 627ff. 1866. S. 161ff. Dazu Ihne im Rhein. Mus. 1866. S. 170. Die Patricier waren gegenüber dem mächtigen *Imperium* durch ihr *fas*, ihre Familienverbindungen und die Autorität des Senats geschützt; die Plebs war dem *Imperium* preisgegeben: im tribunicischen *auxilium* sollte dieser nun ein Ersatz gewährt seyn, und in der *sacrosanctitas* der Tribunen ward ein dem *fas* analoger Boden für die neue Institution geschaffen.

II. Durch den Vorgang des Valerius Poplicola, welcher die Centuriatcomitien über seine Gesetze befragt hatte, war weder für diese Comitien das Recht der Gesetzgebung im heutigen Sinne, noch auch für die Curiatcomitien das Recht der Bestätigung aller möglichen gesetzlichen Anordnungen begründet. „Vielmehr waren die Centuriatcomitien von nun an nur competent, wie für die Wahl der Magistrate, so für Gesetze, in denen das *Imperium* dieser Magistrate bestimmt wurde; die *patrum auctoritas* der Curiatcomitien war für Gesetze dieser Art, aber auch nur für sie, erforderlich. Die Curiatcomitien hatten weder den Beschluß der Centuriatcomitien über Eröffnung eines Angriffskriegs, noch deren Urtheil über einen provocirenden *perduellis* zu bestätigen, da diese Rechte der Centuriatcomitien auf einer Concession des Königs beruhten. Ebensowenig aber konnten sie später das Recht der Bestätigung für Beschlüsse der *concilia plebis* und überhaupt der Tributcomitien, wenn diese Versammlungen nicht etwa sich mit dem *Imperium* beschäftigten, ansprechen." Lange I. S. 500.

III. Nach der älteren Ansicht, welche noch von Huschke und Puchta vertreten, von Peter und Rein nur modificirt ist, ward unter der *patrum auctoritas* die Zustimmung des Senats verstanden, dagegen ist seit Niebuhr immer allgemeinere Ansicht geworden, jene *auctoritas* als den bestätigenden Curienbeschluß zu verstehen, mit welchem die Ausfertigung der *lex curiata de imperio* unmittelbar zusammenhing. Becker Röm. Alterth. II. 1. S. 316ff. Schwegler II. S. 155—173. Auch der Senat übte eine gewisse Mitwirkung, indem die Centuriatcomitien aller Initiative ermangelten und nur über die Vorschläge des regierenden Magistrats abzustimmen hatten. Zwar war die Competenz

des Senats hierbei nicht gesetzlich festgestellt, allein es bestand von Alters her die Observanz, daß der Senat bei allen wichtigeren Verwaltungsmaßregeln und Gesetzgebungsplänen der Consuln befragt und sein Rath (*auctoritas Senatus, προβούλευμα*) befolgt wurde. Die Verpflichtung der Consuln, diesen Rath einzuholen (*ex auctoritate senatus ad populum referre:* Liv. 2, 2; 40, 19; Dion. 7, 38; 9, 44.) ward noch bindender, seit der Senat durch die *lex de dictatore creando* (Lange I. S. 505) ein Mittel in der Hand hatte, ungefügige Consuln zu suspendiren (Lange II. S. 367). „Vor allem folgenreich war die Neuerung, daß es weder dem Consul noch selbst dem Dictator gestattet war, den gemeinen Schatz anders als mit dem Willen des Raths anzugreifen. Indem der Senat es den Consuln zur Pflicht machte, die Verwaltung der Gemeindecasse, die der König selbst geführt hatte oder doch hatte führen können, an zwei ständige Unterbeamte abzugeben, welche zwar von den Consuln ernannt wurden und ihnen zu gehorchen hatten, aber begreiflicher Weise noch weit mehr als die Consuln selbst vom Senat abhingen, zog er die Leitung des Cassenwesens an sich, und es kann dieses Geldbewilligungsrecht des Röm. Senats wohl in seinen Wirkungen mit dem Steuerbewilligungsrecht in den heutigen constitutionellen Monarchien zusammengestellt werden" (Mommsen I. S. 265). Diese Uebertragung der Staatsschatzverwaltung auf die Quästoren* war durch eines der Valerischen Gesetze geschehen (Lange I. S. 333. 337. 503). Gegenüber dem Tarquinischen Familienschatze kann vielleicht Valerius geradezu als Gründer des Röm. Staatsschatzes betrachtet werden (C. Bötticher i. Philologus 19. Jahrg. 1862. S. 3).

IV. Rom hat sich die allgemeinen Grundzüge seiner politischen Organisation bis in die Kaiserzeit bewahrt. Ueberblicken wir seinen an Erscheinungen aller Art reichen Entwickelungsgang, so bietet sich uns eine Trias fundamentaler Organe des Staatswillens dar; man kann von keinem der drei Organe sagen, daß es allein Träger der Staatssouveränetät gewesen oder geworden sei, sie nahmen vielmehr alle drei an dieser Rolle Theil, nur freilich in wechselnder und verschiedner Bedeutung. Schon in der Urzeit sehen wir die *potestas regia* mit der *vox populi* (*jussus in comitiis*) und der *auctoritas senatus* organisch verbunden zur Verwirklichung und Lenkung des Staatswesens, die Republik nimmt sie in sich herüber, und es fragt sich nur, wie die Constellation derselben im Laufe der republikanischen Entwicklung innerhalb jener drei Grundlinien wird. Nach Lange's Auffassung (Alterth. II. S. 310. 369) steigt die *vox populi* bis zu einer gewissen Höhe während der zweiten Periode (450—250 v. Chr.), um dann in dieselbe Stetigkeit des Sinkens überzugehen, während die *auctoritas senatus* in fortwährendem Steigen, anderseits die *potestas magistratum* in fortwährendem Sinken begriffen ist. Ich kann in den letzteren zwei Punkten (s. hierzu Mommsen I. S. 318—322) nicht beistim-

*) s. Cursus § 96.

men. Allerdings hat der Senat in den späteren Zeiten der Republik ein weit beträchtlicheres Feld der Wirksamkeit gehabt, als in den ersteren Zeiten, und die Magistratur anlangend, so hat das Consulat, gleich im Anfang geringer als das Königsamt, immer mehr von seinem Inhalt und seiner Schwungkraft eingebüßt; allein jene Ausbreitung der senatorischen Wirksamkeit fand vorzüglich insofern statt, als das Gebiet staatlichen Wesens und Waltens überhaupt später sich erweiterte, und die Abschwächung der Magistratur galt zunächst doch nur oder hauptsächlich dem Consulat; stellen wir aber eine relative Vergleichung des alten Senats mit dem späteren an, so wird sich zeigen, daß jener in der alten Zeit weit mehr den Schwerpunkt des praktischen Staatslebens in sich trug, als dieser in der späteren Zeit, und summiren wir die im ganzen späteren Aemtersystem auseinandergelegten Hoheitsrechte, so ergibt sich eine beträchtliche Machtfülle, welche in Verbindung mit der Nobilität gedacht der eigentliche Träger des Staatswillens ward. Hiernach nehmen wir folgende Constellation oder Gradation der politischen Bedeutung durch die 4 Perioden an: in der ersten Periode (mit Ausnahme der Episode des tyrannischen Königthums) prävalirte der Senat, in der zweiten der Populus, in der dritten die Magistratur, aus welcher dann in der vierten das Principat erwuchs; oder wir können, das einfache Bild eines Dreiecks benutzend, sagen, daß in derselben Reihenfolge die genannten Organe die Basis jenes Dreiecks bildeten.

In der üblichen Vorstellung von der Röm. Königszeit wiegt das Königsamt allzu sehr vor und steht der Senat zu tief im Schatten, weil wir unwillkürlich unsre deutsche Idee des Königthums den Italikern unterschieben (vergl. Schwegler I. S. 654) oder jenes alte Königsamt im Lichte des spätrömischen orientalischen Kaiserthums betrachten. Der König im alten Rom war eigentlich nur der *primus inter pares;* daß in einem Gemeinwesen, welches mehr oder weniger künstlich durch Compromiß geschaffen worden, und zu einer Zeit, wo es an geschriebenen Gesetzen mangelte, der Schwerpunkt des Gemeinwesens in den Schoß der versammelten angesehenen Geschlechtshäupter fiel, welche die Tradition lebendig darstellten, ist zu natürlich, als daß man daran zweifeln darf. Auf dem Naturboden der Geschlechter war der Kunstbau des Staats errichtet, der Senat aber vermittelte naturgemäß Boden und Bau, Natur und Kunst. Grundzug der ersten Periode war das Gewohnheitsrecht, worin besser aber trat dieses zu Tage als im Rath der Alten? Nichts Erhebliches dürfte damals im Staate vor sich gegangen seyn ohne diesen Rath, der Senat war die eigentliche Seele des Ganzen, und der jähe Sturz des Königthums zeigt, daß diese Seele über den Staatskörper Herrin war. Dion. 8, 5. bezeichnet die älteste Verfassung Rom's als eine Mischung von Königthum und Geschlechterherrschaft, wozu Schwegler I. S. 652. 654. 660. mit Recht bemerkt, daß ein heimlicher Conflikt des Geschlechterthums mit dem Königthum durch die ganze Geschichte der Röm. Kö-

nigszeit geht, daß dieses Königthum nicht einen wahrhaft patriarchalischen Karakter trug, daß der Senat der Königszeit eine Repräsentation, vielleicht eine Abordnung der Geschlechter war, und daß erst später, als die zusammengeschmolzene Zahl der Geschlechter von diesem Princip abzugehen nöthigte, die Ergänzung des Senats dem Ermessen der Consuln überlassen worden. So ruhte das eigentliche Residuum des patriarchalischen Urtypus nicht im Königsamt, sondern im Senat, und es ward an Romulus als dem Muster eines guten Königs gerühmt, daß er in beständigem Einvernehmen mit dem Senat und nach dessen Rath regiert (Cic. Republ. 2, 8), und dem Tarquinius Sup. zum Vorwurf gemacht, daß er in Capitalprocessen ohne *consilium* erkannt habe (Liv. 1, 49). Wie der Senat aber das am meisten naturwüchsige Organ des Staats war, so hatte er auch vor dem Wahlkönig und den ephemeren Comitien die Ständigkeit voraus und repräsentirte allein die ununterbrochene Staatsexistenz: ein Umstand, welcher für Zeiten naiver Gestaltungen besonders einflußreich ist. Der Senat hatte mit den Curien gemein, daß beide Organe nur durch die formale Initiative des Königs in Thätigkeit traten, aber die Thätigkeit der Comitien war sachlich sehr beschränkt, diejenige des Senats erstreckte sich auf das ganze Gebiet des Staatslebens. Er war der lebendige Träger der Tradition, König und Curien bewegten sich nur innerhalb der Linien derselben: die *auctoritas senatus* war die einzige Potenz, welche Alles umfaßte und Alles durchdrang. Cicero (*de republ. 2, 10*) nennt als die *praeclara duo firmamenta* des von Romulus geschaffenen Staats die Auspicien und den Senat, und die von demselben (a.a.O. 2, 12) berichtete Erzählung, daß nach Romulus Tode der Senat den Plan gehabt habe, den Staat ohne König zu regieren, zeigt die wichtige Geltung der *patres*. Neben den Curien mußte diese Geltung eine eminente seyn, neben den späteren Centurien, als diese eine Wahrheit wurden, und neben den Volkstribus mußte sie an Intensität beträchtlich und unablässig abnehmen. Seinen Antheil an der Ausübung der Strafgewalt, welchen der Senat als *consilium regis* gehabt, büßte er in der Republik ganz ein (Rudorff R. R.-G. II. § 101), bis erst weit später von ganz neuen Anfängen aus sich eine Criminaljustiz des Senats wieder entwickelte.* — Wie späterhin zuerst die *vox populi* der Tributcomitien dem Senat, und dann die Magistratur den Comitien den Rang ablief, gehört zu den Schilderungen der folgenden Perioden. Innerhalb jeder einzelnen Periode wiederholt sich die Wahrnehmung, daß die Bedeutung des prävalirenden Staatsorgans immer erst gegen das Ende der Periode hin gipfelt: dies gilt vom Senat in der ersten Periode (Einführung des Consulats und *lex de dictatore creando!*), wie von den (Tribut-) Comitien in der zweiten (Experiment des *Appius Claudius* und *lex Hortensia!*) und von der Magistratur in der dritten (*dictatura perpetua!*)**

---

*) s. unten Excurse zu § 213—222. No. I.
**) s. unten Excurse zu § 103—112. No. VII.

IX. Kapitel.

III. Rechtsquellen.

(Zu § 80-82)

I.

Das *Jus Papirianum.*

Zu § **81**] Späteren Erzählungen zufolge hatte es ein Römer, Sextus (so Pompon., nach Anderen Gaius oder Publius) Papirius, etwa um die Zeit der Abschaffung des Königthums, unternommen, eine Sammlung der Königsgesetze zu veranstalten (Pomp. in *fr. 2. § 2. D. de O. J. Dion. 3, 26*). Diese Gesetzsammlung erhielt dann den Namen *Jus (civile) Papirianum*, und ward noch am Ausgang der Republik von Granius Flaccus mit einem Commentar versehen (Paul. in *fr. 144. D. de V. S.*). Die uns erhaltenen Citate dieser Sammlung enthalten 8 dem Romulus, 13 dem Numa, je 1 dem Tull. Hostilius und Tarq. Sup. und 2 dem Serv. Tullius zugeschriebene Satzungen (vergl. Bruns *Fontes jur. Rom. ant. Tub. 1860. p. 1—5.* und Rudorff § 93.). Beispiele sind:

Romulus: *Patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto (Serv. ad Aeneid. 6, 609) — Lex erat, mulierem nuptam, quae secundum jus sacrum in manum mariti convenisset, cum eo omnium et bonorum et sacrorum esse participem* (nach *Dion. 2, 25*) — *Lex viro permittit, mulierem propter veneficium ac liberorum vel clavium suppositionem, vel adulterium admissum repudiare; qui repudiasset, Deos inferos placaret* (nach *Dion. ib.*) — *Lex omnem potestatem in filium patri concessit, sive flagris caedere, sive vinctum ad rusticum opus detinere, sive occidere vellet, quin etiam filium vendere patri permisit* (nach *Dion. 2, 26. 27. Coll. leg. Mos. 4, 8*) — *Lex vetuit, ne ullum foetum triennio minorem necarent, nisi infans aliquis mutilus aut prodigiosus statim in ipso partu editus fuisset (Dion. 2, 15).*

Numa: *Ex imputata vite libari vina Diis nefas (Plin. hist. nat. 14, 12) — Cujus auspicio classe procincta opima spolia capiuntur, Jovi Feretrio bovem caedito (Fest. s. v. Opima) — Homo si fulmine occisus est, ei justa nulla fieri oportet (Plin. hist. nat. 2, 54) — Pellex aram Junonis ne tangito (Fest. s. v. Pellices) — Is qui terminum exaravit, et ipse et boves sacri sunto (Fest. s. v. Termino).*

Servius Tullius: *Si parentem puer verberit, ast ille plorassit, puer Divis parentum sacer esto (Fest s. v. Plorare).*

Offenbar datirt diese Sammlung erst aus weit späterer Zeit, etwa aus dem 3. oder 2. Jahrh. v. Chr., wo auch andere Sammlungen unter dem Titel *Jus* oder *Jus civile* (z. B. Aelianum, Flavianum) auftraten. Sie entstand wohl unter der Hand der Pontifices, welche beflissen waren, den von ihnen gepflegten alten Moral-, Sacral- und Ritualordnungen durch Anknüpfung an die typischen Namen der alten Könige einen ehrwürdigen Hintergrund zu geben. Seit Anfang des 16. Jahrh. sind

viele Versuche zur Restitution dieser apokryphen Sammlung gemacht worden. Einer dieser Versuche ist die in ihrem Ursprung räthselhafte, von Marliani (*Topogr. urbis Romae, 1534. lib. 2. c. 8.;* s. Heineccius *Jurispr. Rom. et Att. I. S. 25*) zuerst verbreitete und nach ihm benannte Tabula Marliani, welche die angeblich Romulischen Gesetze enthält; Dirksen Versuche S. 240. „Je weniger ein Zweifel darüber seyn kann, daß die Gesetzgebung der 12 T. auf dem früheren Röm. Gewohnheitsrecht beruht, um so geringre Wahrscheinlichkeit hat die Annahme, daß es schon vorher eine Sammlung geschriebener Gesetze gegeben habe. Vielleicht dürfen wir sagen, das ganze *Jus Papir.* sei aus den Pontificalschriften, besonders den Commentarien der Priester gefertigt worden. Der Name *Papirius* scheint überhaupt in der späteren Tradition eine typische Bedeutung gehabt zu haben, als schriftstellerische Autorität in sacralen Dingen" (Schwegler I. S. 26). Bei großer Uebereinstimmung des Stoffs müssen sich das Papirische Recht und die pontificischen Bücher vorzüglich durch die Anordnung unterschieden haben, wahrscheinlich sollte jenes aus dem überreichen Schatze dieser Bücher einen zugänglichen Abriß des Wissenswürdigsten ausscheiden. Lübbert Comm. pontif. S. 79 ff.

II.

Die *libri pontificales.*

Zu § 82] Die *libri pontificales* (oder *pontificum* oder *pontificii*) handelten von den heiligen Orten und Zeiten, dem Ritual und Ceremoniell des Cultus und den gottesdienstlichen Aemtern und Personen (*Cic. de rep. 2, 31; Varro de L. L. 5, 98; Fest. s. v. Opima*). In der Hauptsache fielen mit dieser Kategorie von Priesterschriften die s. g. *Indigitamenta* zusammen, welche namentlich auf Numa zurückgeführt (Arnob. 2, 73) wurden und Promtuarien von Litaneien oder Gebetsformeln enthielten. Die s. g. *Libri Numae de jure Pontificio* wurden 181 v. Chr. kurz nach der Bachanal. Verschwörung auf Senatsbeschluß als ketzerisch und untergeschoben verbrannt (Liv. 40, 29); „nichts aber hindert, mit den Röm. Antiquaren anzunehmen, daß der Grundstock der Indigitamente, die heiligen Lieder, z. B. der Salier und der Arvalbrüder, aus der älteren Königszeit herstammen." Schwegler I. S. 35. 565.

Von diesen Pontificalbüchern sind wieder zu unterscheiden 1) die *Commentarii pontificum,* d. h. Denkschriften aus Priesterhand, Beispielsammlungen von Rechtsfällen des alten Staats- und Sacralrechts nebst den Entscheidungen der Pontifices (*Cic. Brut. 14, 55. pro domo 53. Plin. 18, 3*). Verwandt waren die *Commentarii magistratuum,* z. B. *consulum, praetorum,* d. h. Sammlungen von Amtsinstructionen und Geschäftsformularen, von denen manche auf *regia instituta* bezügliche dem betreffenden König zugeschrieben und als *Commentarii* desselben (z. B. *Servii Tullii*) bezeichnet wurden. 2) die *Annales Pontificum* (s. *Annales Maximi*) d. h. Aufzeichnungen der denkwürdigsten Jahres-

begebenheiten auf weißen Tafeln, die öffentlich ausgestellt wurden, wogegen die Commentarien der Plebs verschlossen blieben (*Cic. de orat. 2, 12*; *de leg. 1, 2. Liv. 4, 3*). Diese Annalen scheinen nicht lange nach dem Sturz des Königthums begonnen zu haben; sie bildeten später eine Sammlung von 80 Büchern; in ihnen sah das Röm. Alterthum einmüthig eine der ältesten und zuverlässigsten Urkunden seiner Geschichte, doch dürften die ächten Priesterannalen schwerlich über den Gallischen Brand zurückgereicht haben. Schwegler I. S. 9.

X. Kapitel.

IV. Rechtsfähigkeit (persona-caput).

(Zu § 83-86)

I.

Der genetische Dualismus des Röm. Rechts.

Zu § **83**] Es ist hier der Ort, auf einen Satz zurückzukommen, welcher seit Hegel's Philos. d. Rechts (S. 73) vielfach aufgestellt, oft bekämpft und im Cursus (§ 53) bereits angedeutet worden ist: ich meine den Dualismus rechtsgeschichtlicher Ausgangspunkte in Rom, welchen ich als Gegensatz der juristischen Typen, als doppelten Styl des Rechts bezeichnen möchte. Entweder das Gemeinwesen oder das Einzelwesen kann als Ausgangspunkt hervortreten, von welchem aus der Aufbau einer nationalen Rechtswelt sich vollzieht. Die ursprüngliche Herrschaft des ersteren begründet den genossenschaftlichen Typus oder publicistischen Styl, der Durchbruch des anderen drängt zum privaten Typus oder civilistischen Styl; dieser Durchbruch ist unter glücklichem Zusammentreffen seltener Umstände in Rom erfolgt, und die erste Periode der Rechtsgeschichte ist die Zeit des Hauptkampfes beider Typen, die Decemviralgesetzgebung das erste Hauptergebniß ihrer Paarung. „Durch die ihres Stammes- und Familienrechts beraubte und gleichsam entwurzelte Masse der freien Plebejer kam zugleich ein neues Element des Rechts zur Ausbildung. Wir dürfen es als das Princip der Einzelheit bezeichnen, welches sich in dem Rechtsbegriff der Privatperson darstellt. Innerhalb der von dem Recht des Populus theilweise ausgeschlossenen Plebs hat sich das Röm. Privatrecht selbständig entwickelt, welches, je weiter die Plebs in den Staat eindrang, auch um so allgemeinere Geltung gewann“ (C. Hegel, Gesch. d. Städteverfass. v. Italien I. S. 5). Vergl. Puchta Instit. I. § 39. 40. J. Christiansen, die Wissensch. der Röm. Rechtsgesch. S. 112. 135 ff. Institut. S. 90. Ihering Geist d. R. R. I. § 21. S. 333. Lenz, Ueber die geschichtliche Entsteh. d. R. S. 140. 150 ff. Stahl Philos. d. Rechts, II. 1. § 96. C. A. Schmidt, d. princip. Unterschied zwischen d. Röm. und german. R. I. (1853), S. 24 ff. Was Lange Röm. Alterth. I. § 29. dagegen anführt, ist geeignet, vor Ueberspannung des socialen Contrastes der Patricier und Plebejer zu warnen,

beseitigt aber nicht die Beweiskraft folgenden Umstandes. Wie soll der Rechtstrieb von der genossenschaftlichen Basis aus zu dem völlig entgegengesetzten Princip des juristischen Individualismus gelangen? auf dem Wege innerer organischer Entwicklung schwerlich! Weder der Orient, noch das Hellenen- oder Germanenthum ist auf dem Wege innerer Entwicklung, und darum durch sich überhaupt nicht, zu einem wahren Privatrecht, zu einer juristischen Constituirung der Privatsphäre gelangt; die Gestalt des Römischen *paterfamilias* ist eine durchaus originale: sie ist zum ersten Male und nur in Rom auf den Schauplatz der Rechtsgeschichte der Menschheit getreten. Ein absolut Neues muß aber auch einen absolut neuen Anfang haben, und darum muß jene Gestalt aus dem Schoße eines specifischen Lebenskreises geboren worden seyn. Dem Plebejerthum und nur ihm wohnte diese Schöpferkraft inne; darum ist es Rom, welches die Menschheit mit dem eigentlichen Privatrecht beschenkt hat. Aber freilich nicht kraft nationaler Besonderheit, sondern aus der besonderen socialen Constellation hat das Plebejerthum jene Aufgabe gelöst. Die neuen Rechtsideen mögen keimartig auch im Recht der Patricier geschlummert haben und allgemein latinischen, bez. sabinischen Ursprungs gewesen seyn, aber dies allein schon, daß alle specifischen Institute des Vermögensrechts profaner Art sind, beweist, daß sie nicht auf patricischem Boden gewachsen, sondern im profanen Verkehr der Plebs, bez. der Patricier mit den Plebejern, gebildet worden sind.

II.

Die *capitis diminutio* im ältesten Recht.

Zu § **86**] Die Rolle, welche das Wort *caput* in der alten Terminologie des Röm. Staatsrechts spielt, (*capite censi-consecratio capitis-caput* als Rubrik im censorischen Register: s. Niebuhr Röm. Gesch. I. S. 606), sowie der Umstand, daß (später) zu den *capitales poenae* nur die mit einer *magna capitis diminutio* verbundenen Strafen gezählt wurden (*fr. 103. 131. § 1. D. de V. S.*), zeigt, daß im *caput* eine Mischung staats- und privatrechtlicher Elemente enthalten zu denken ist; der historische Ursprung des Systems der *capitis diminutiones* gehört eben der Zeit an, wo das *publicum jus* noch nicht principiell vom *privatum* geschieden war. Demnach bedeutete *capitis diminutio* einen mit gewissen politischen Rechtsminderungen verbundenen Verlust der bisherigen Privat- oder Vermögenssphäre, und unterschied sich dann von der *infamia*, die als eine bloße *existimationis minutio* nur den Verlust politischer Ehrenrechte enthielt und die Privatsphäre im Wesentlichen unberührt ließ. Auf dieses Kriterium hat v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. (1852) S. 235 ff. hingewiesen; es muß aber dabei wohl festgehalten werden, daß ursprünglich im *caput* auch ein publicistisches Element (welches v. Scheurl sich nur als äußern Zusatz denkt) wesentlich enthalten war, daß mit Rücksicht hierauf der allgemeine Begriff

der *capitis diminutio* sich frühzeitig feststellte, und nur unter solcher Voraussetzung sowohl die Erhebung zur Priesterschaft (eines *flamen Dialis* oder einer *virgo Vestalis*, welche dadurch nicht aus dem Römischen Gentilverbande, sondern gewissermaßen an dessen Spitze traten) ohne *capitis diminutio*, als auch die Vergleichung derselben mit dem (bürgerlichen) Tode bei Gai. 3, 153 erklärlich werden. An der *magna cap. dim.* tritt noch im classischen Recht das publicistische Element als maßgebend hervor; daß aber aus der *minima cap. dim.* das publicistische Element bald schwinden mußte, erklärt sich aus dem Untergang des Gentilverbandes (Puchta Instit. I. § 219 z. A.), und wie diese Umgestaltung des Begriffs der *minima cap. dim.* sich vollziehen konnte, läßt sich vielleicht aus der *transitio ad plebem* noch erkennen, welche (gewiß vorzugsweise oder anfangs ausschließlich) durch *arrogatio* seiten eines Plebejers vermittelt ward. An die *arrogatio* anknüpfend konnte dann die Jurisprudenz einen weiteren Begriffskreis umschreiben und alle Fälle subsumiren, welche mit der *arrogatio* den Verlust der bisherigen Privatsphäre (*familia* im späteren privatrechtlichen Sinn) gemein hatten, nämlich einmal die *confarreatio* und sodann die *mancipatio personae* (*in mancipium datio emancipationis vel noxae causa* und *coemtio*): womit die *minima capitis diminutio* zu einem rein civilistischen Begriff wurde, während das *caput* im Begriffe der *magna cap. dim.* seinen (mit publicistischen Elementen) gemischten Inhalt behielt. Daß hier im classischen Recht eine innere Disharmonie vorliegt, ist, dünkt mir, unverkennbar und auch durch v. Scheurl's Aufklärung nicht beseitigt. Uebrigens ist zu bemerken, daß der Ausdruck *familiam mutare* in dem *solum mutare s. vertere* für die *amissio civitatis* eine bezeichnende Parallele hat.

XI. Kapitel.

V. Privatsphäre (res-familia pecuniaque; commercium).

(Zu § 87-92)

Patricische und plebejische Elementaranschauung (*res mancipi*).

Ein durch den Gegensatz des Sacralen und Profanen gegebener Dualismus ist schon von Anderen, z. B. rücksichtlich der Ehe von Wächter, Ueber Ehescheidung bei den Römern (1822) S. 30., bemerkbar gemacht worden. Auch Ihering (Geist des Röm. Rechts I. § 19.) hat den Versuch einer Gegenüberstellung beider Systeme, des religiösen und des profanen, gemacht, daneben aber seine Bedenken gegen die Durchführbarkeit und Nachweislichkeit nicht verhehlt; noch entschiedener bestreitet Roßbach (Untersuchungen über die Römische Ehe, 1853. S. 186ff.) „den vermeintlichen Gegensatz zwischen religiöser und bürgerlicher Eheschließung“, während Andere gerade in der *confarreatio* und *coemtio* den angenommenen Gegensatz noch am deut-

lichsten ausgeprägt finden. Meines Bedünkens fällt eines der Hauptbedenken hinweg, wenn der Gegensatz nicht auf nationale, sondern auf sociale Elemente zurückgeführt wird; nicht daß die Plebs nicht sabinischen (oder nicht etruskischen) Ursprungs war, sondern weit mehr, daß ihre Entwicklung eine weltlich-bürgerliche und weltlich-militärische wurde, ist das Entscheidende. Wenn Roßbach dann betont, daß sacrale und bürgerliche Eheformen vielfach ineinander geflossen seien, so erkennt er doch selbst an, daß bei der *confarreatio* die religiöse Feier das wesentliche, bei der *coemtio* nur ein secundäres, zufälliges und individuell willkürliches Element gewesen sei, und wenn bei anderen Völkern die Sacral- und die Kaufehe mehr ineinander zu fließen scheinen, so beweist das nichts gegen die strengere Auseinanderhaltung bei einer so juristisch und präcis angelegten, allem Verschwimmen und Verwischen so abholden Nation, wie die Römische war.

	Sacra. (*Pontifices, curiae, magistratus*): Publicistischer Styl.	**Aes et libra.** (*Libripens et V testes*): Civilistischer Styl.
1. *Caput:*	*consecratio capitis*	*venditio trans Tiberim* (und *noxae causa*)
2. *Matrimonium:*	*confarreatio*	*coemtio*
3. *Potestas:*		
patria	*arrogatio* (*in com. cur.*)	*adoptio* (*per mancip.*)
dominica	*manumissio in jure* (*vindicta*)	*manum. testamento per aes et libram* (*inter V amicos?*)
4. *Commercium:*		
inter vivos		
res corp.	*in jure cessio*	*mancipatio*
res incorp.	*sponsio* (*in jure confessio*)	*nexum* (*emtio, damnatio?*)
mortis causa		
res univ.	*testamentum calat. com.*	*testament. per aes et libram*
res sing.	*legatum per vindicat.*	*legatum per damnationem*
5. *Judicium:*	*legis actio sacramento:* *in jus vocatio*	*leg. actio per manus injectionem:* *domum deductio.*

Ich trage kein Bedenken, einen Dualismus festzuhalten, welcher wie eine helle Leuchte in die Dämmerung unsrer Periode hineinwirkt und an die Stelle des Chaos deutliche Gestalten ruft. Freilich sind diese Urgestalten in den folgenden Perioden beträchtlich abgeflacht und bezieh. entseelt, so daß wir rückwärts zu schließen genö-

thigt sind und auf der Bahn der Hypothesen straucheln können; aber es thut der Klarheit unsres Standpunktes keinen Abbruch, wenn wir annehmen, daß die sacralen Formen, indem sie sich dem weltlichen System zu nähern genöthigt waren, zum Theil in einfache publicistische Formen (Autorisation der Comitien, Assistenz des Magistrats) übergingen, und daß die auf dem *gerere per aes et libram* beruhenden Formen allmählich das *agere per verba* (*nuncupatio*, *verba damnationis:* vergl. Danz Lehrb. d. Gesch. d. R. R. II. S. 96. 101.) in sich aufnahmen und theilweise zur Herrschaft kommen ließen. Unter Berücksichtigung dieser zwiefachen (convergirenden!) Wendung dürfte sich obige hypothetische Gegenüberstellung der sacralen und profanen Reihe wohl empfehlen, um so mehr, als mit einer solchen scharfen Gegenüberstellung nicht eine absolute Kluft zwischen beiden Lebenskreisen befestigt werden soll: die Elemente des Profansystems waren den Patriciern nicht schlechthin fremd, ich meine nur, daß sie im plebejischen Rechtsleben, wo sie nicht durch sacrale Tradition und Ordnung verdeckt und gebunden lagen, klar und unverkümmert, rasch und entscheidend zum Durchbruch kamen und die Bedeutung wirklicher Rechtsprincipien gewannen. Vergl. dazu Lange I. S. 151—153. (und S. 131. 132.).

A. Das alte sacrale Recht (*fas*) der Römer gleicht einem Bild auf Goldgrund; eine der prägnantesten Figuren darin ist der ***homo sacer*** und daneben als Seitenstück die *res sacra:* an ihnen und ihrer begrifflichen Umgebung läßt sich der ganze Typus schildern. *Sacrum* ist, was einer Gottheit völlig hingegeben und zu deren Verherrlichung dienen soll: solches kann in zwiefachem Sinne geschehen, nämlich entweder zu activem oder zu passivem Dienst. a) Der heilige Priester (*flamen Dialis, virgo Vestalis*) und die *res sacra* leisten activen Dienst und sind durch ihre *consecratio* gleichsam über die gemeine Gesellschaftsfläche erhoben; b) der *homo sacer,* d. h. der Bürger, dessen *caput et bona Deo sacra sunt ob maleficium* (auf Grund einer *lex regia* oder einer späteren *lex sacrata*: *Sacer alicui Deorum sit cum familia pecuniaque!*), sowie die *pecus sacrata* dienen leidend der Ehre der Gottheit und werden damit gewissermaßen unter die gemeine Gesellschaftsfläche herabgedrückt. Geweiht sind jene wie diese, aber jene sind der Gottheit und durch sie geheiligt, diese sind ihr verfallen, verwünscht; jene sind also Organe und Mittel der Verehrung, diese aber Gegenstände der Sühne (Opfer, *hostis*, *hostia*). Ein *homo sacer* ward freilich nicht geopfert, sondern nur, gleich wie ein heiliges Thier, seinem Schicksal, d. h. aller Widerwärtigkeit eines heillosen Lebens überlassen (*Macrob. Sat. III, 7, 5*), seiner religiösen und politischen Heimat beraubt (armer „Wicht"), und mithin dem bürgerlichen Tod übergeben, für schutzlos und vogelfrei erklärt. In der alten italischen Sitte des *ver sacrum* sehen wir noch die Einheit der Opferidee, denn es war eine Consecrirung des gesammten nächsten Frühlingserzeugnisses an Menschen und Sachen (Früchten wie Thieren): letztere wurden wirk-

lich geopfert, und die ersteren mußten, sobald sie dazu reif geworden, das Land verlassend sich eine neue Heimat suchen. Energischer noch trat die Einheit der Idee im Mosaischen Recht zu Tage: vergl. Josua 6, 17—19; 7, 11—13. 25. — Dem *homo sacer* ähnlich war der im Krieg den unterirdischen Göttern Angelobte (*devotus*, s. Mommsen I. S. 175), der *res sacra* aber die *sancta* (Marquardt Röm. Alterth. IV. S. 223ff. Schwegler R. Gesch. II. S. 253ff.).

Treffend bemerkt Ihering (Geist d. R. R. I. § 18.), daß den Verächter der Götter der Fluch derselben unmittelbar auf die Missethat traf, ob auch das Volk dann seinerseits noch durch Beschluß sich von ihm lossagte den erfolgten Riß constatirend (*Fest. s. v. Sacer mons: populus judicavit*), und daß von diesem Standpunkt aus die verhängte Strafe nicht als Uebel, sondern als Gut, nämlich als Reinigungs- und Versöhnungsmittel erschien, wodurch der Betroffene, Geächtete aus dem Zustande der Verworfenheit und Verdammniß erlöst und bez. rehabilitirt werden konnte. Poena (*ποινή*) war das Sühnegeld: wer sie erlitt, zahlte sie, wer sie vollzog, nahm sie (*solvebat-sumebat:* Rubino Röm. Verfass. I. S. 460.), aber die Möglichkeit einer solchen Rehabilitirung (*jure postliminii?!*) war schon eine Abschwächung der alten *sacertas*, die Idee des Loskaufens (*luitio, redemtio*) machte die Schwenkung zum Profanen möglich; neben dem *caput* traten die *bona* selbständig hervor; zwar erhielt sich die sacrale Grundidee in der *aqua et igni interdictio* fort, daneben aber bestand die *venditio trans Tiberim* wegen Umgehung des Kriegsdienstes oder Census, und kam die *publicatio bonorum* auf. Lange Röm. Alterth. I. S. 186. 188. 401. Die Strafe wirkte Verlust der Civität und enthielt mithin eine *capitis diminutio media*. Neben jene politische *venditio trans Tiberim* stellte sich im System des Privatrechts die *venditio debitoris obaerati trans Tiberim* und die *venditio noxae causa*. So erweiterte sich das profane System auf Kosten des sacralen, und auch in Betreff der *res sacrae* machte sich eine Umwandlung geltend, indem der Standpunkt des bürgerlichen *commercium* maßgebend ward, aus welchem die Weihung einer Sache als *exemtio* (Verstoßung) und *religatio* (Fesselung), die Aufhebung der Sacraleigenschaft als *liberatio loci* (*fr. 9. § 2. D. de div. rer. 1, 8*), ein *locus in commercio* als *purus locus* (*fr. 2. § 4. D. de relig. 11, 7*), eine *hereditas sine sacris* als Ausdruck eines ungetrübten Glücks erschien. — Vergl. übrigens Em. Hoffmann i. d. Zeitschr. f. österreichische Gymnasien (Wien) 1866. S. 572. 573.

B. Das Profansystem (*gerere per aes et libram*) in allen seinen Gliedern setzt die Anerkennung eines gewissen Unterschieds und Gegensatzes im Gebiet der Güter voraus; es ist der Unterschied, welcher auf der Höhe des erwachsenen Rechtsverkehrs sich im Gegensatze der Fungibilien und Nichtfungibilien offenbart; dieser Unterschied ist tief in der Natur der Dinge und des Menschen begründet, er muß sich überall und auf allen, auch den frühesten, Stufen der nationalökonomischen Entwicklung ankündigen, und wenn ich hier den Blick wie-

der auf das eine Gesellschaftselement Rom's, die Plebejer, richte, so gilt doch auch hier die obige Bemerkung, daß dem patricischen Kreise die Keime einer gleichen Entwicklung nicht gänzlich gemangelt haben mögen.

Der Unterschied tritt zuerst in roher Naturform auf, dann aber nimmt er ein feineres, kunstvolleres Gepräge an; jene Form gehört der niederen Stufe des Tauschsystems, dieses Gepräge dem Kaufsystem an. Auf der ersten Stufe finden wir das Institut des Geldes erst vorbereitet, auf der zweiten in der Entwicklung und herrschend. Die Betrachtung der ersten lehrt uns die Bedeutung der *res mancipi,* diejenige der zweiten die Begriffe von *pretium* und *pecunia* verstehen; auf der zweiten Stufe erst konnte der Mancipationsritus zur Vollendung kommen.

Der Unterschied ist folgender: bei manchen Sachenarten tritt die Gattung hinter dem Individium zurück, nämlich bei solchen, deren Individuen eine individuell-karakteristische Natur haben, leicht unterscheid- und merkbar und daher immer wieder zu erkennen sind, deren Individuen eben um dieser Natur willen auch dem Menschen individuell näher treten, und recht eigentlich seine wirthschaftliche Grundlage zu bilden, selbst mit seinen ethischen Motiven zu verwachsen geeignet sind. Auf sie trifft der erstarkende Rechtssinn zuerst, wenn er anhebt, über den engsten Lebenskreis der Person, über die Unmittelbarkeit des *caput* hinauszublicken und ein Gebiet geordneten Waltens als rechtliche Dependenz des *caput* zu gestalten. Wo das Rechtsleben auf Seßhaftigkeit begründet ist, wird der Grund und Boden, Haus und Hof diesen Grundstock abgeben, und immer bleibt der *fundus,* d. h. Acker- und Hausgrundstück das Urbild aller Güter dieser Art, d. h. der *res non fungibiles.* Weiterhin mag die gleiche Anschauung sich auf solche Sachen erstrecken, welche zur Bebauung des Bodens unentbehrlich das Grundbesitzthum gewissermaßen vervollständigen. So sehen wir, daß bei den Germanen die Gewere sich zunächst in Bezug auf Liegenschaften entwickelt und erst später und nur unvollkommen auf Fahrniß übertragen hat; bei den Römern mochte sich unter dem Einflusse plebejischer Impulse jene Erweiterung rascher und bestimmter vollziehen, und zwar geschah solches durch die Servianische Reform*. In Betreff derselben ist die frühere Ansicht verworfen, daß alles Besitzthum von Anfang an zum Censusvermögen gehörte, aber annehmbar ist auch die neuere Ansicht nicht, daß nur das Grundeigenthum in Rechnung kam, sondern das Richtige liegt in der Mitte: zum Censusvermögen gehörten das Grundeigenthum im engeren Sinn und alles dasselbe vervollständigende und den Militärdienst (die Kriegsbereitschaft) ermöglichende Besitzthum, m. e. W. alle *res mancipi,* d. h. die Objecte der eigentlichen staatsrechtlich anerkannten und controlirbaren *manus,* die durch die *mancipatio* als einzig zulässige Privatveräußerung umlaufenden Güter, rücksichtlich deren der Berechtigte

*) Vergl. Excurse zu § 75–79. No. I. (oben S. 67 ff.).

als *manceps* bezeichnet ward; alle dieser Kategorie zugehörigen Sachen sind nichtfungibler Natur. — Bei anderen Sachenarten dagegen tritt das Individuum hinter der Gattung zurück: solche Sachen entziehen sich leichter dem unterscheidenden Blick und verlieren sich in der Menge, der Rechtssinn vermag an ihnen nicht so bald präcise Rechtsverhältnisse zu gestalten und festzuhalten; civilistisch unstät, also precäres Besitzthum und gleichsam wilde Sachen im Vermögen, scheinen sie nur lose mit demselben zusammenzuhängen, und sind ebenso ungeeignet, ein politisches Gewicht für den Staat, wie für den einzelnen Staatsgenossen zu behaupten, sie umschwärmen gleichsam die *res publica* und *res privata*, ohne eigentlich zu ihnen zu gehören. Factisch vielleicht von hohem Werth, wenn sie in größeren Mengen zusammengefaßt sind, werden sie doch vom strengen Rechtsstandpunkt aus ursprünglich ignorirt, sich gleichsam selbst überlassen, und somit können sie ohne Umstände im gewöhnlichen Tauschverkehr von Hand zu Hand wandern, bez. auch in genossenschaftlichem Turnus vertheilt werden. Sie werden nicht mit festgeschloßner Hand, sondern zu freier Bewegung gehalten, nicht gehegt, sondern ausgetrieben; wer sie eben hält, der hat sie und mag sie sich wahren: Verlust des Besitzes ist auch Verlust des Rechts, das Recht hat sich hier noch nicht dem Schoße des Besitzes entwunden. Das ist ein Kriterium, welches bei gewissen Arten mobiler Werthe, solchen nämlich, die vorzugsweise zum Verkehrsumlauf neigen und ihm zu dienen geeignet sind, auf jeder Stufe der Rechtsgeschichte wiederkehrt; bei den Römern ward es im Begriffe der *res nec mancipi* fixirt: es sind die Sachen, an denen ursprünglich keine rechtliche, nur eine factische *manus* galt, und für deren Veräußerung daher die *mancipatio* nicht bestimmt seyn konnte. Die *mancipatio* gab Eigenthum, nicht Besitz, der Umlauf der *res nec mancipi* aber vollzog sich im Wege des Besitzwechsels, und folglich konnte diese bei der *mancipatio* nicht als Veräußerungsobject (Waare), sondern nur als Veräußerungsmittel (Aequivalent an Fungibilien) in Betracht kommen: als solche bezeichnen sie den Uebergang vom Tausch- zum Kaufbegriff. Der Unterschied der Fungibilien und Nonfungibilien ist der wichtigste allgemeine Verkehrsunterschied im Gebiete der Werthsachen; er kann auftreten und gleichsam verborgen bleiben in dem äußerlichen Unterschied des Mobiliars und Immobiliars (z. B. lange Zeit bei den Germanen) oder in einer freieren und kunstvolleren Form auftreten: die *res mancipi* sind die nicht vertretbaren Sachen in altröm. Auffassung und im politischen Zusammenhang der damaligen Gesellschaftsordnung. —

Ich habe oben Tausch und Kauf als eine niedere und eine höhere Stufe der Wirthschaftsentwicklung unterschieden; wie verhält sich dazu der Unterschied der fungiblen und nichtfungiblen Sachen? Hier setzt sich das Kriterium in das der größeren oder geringeren ökonomischen Beweglichkeit um, und Folgendes kommt dabei in Betracht. Auf der ersten Stufe ist wenig Bedürfniß der Güterbewegung, die *gens*, das Haus freut sich selbstgenugsam seiner wirthschaftlichen Abgeschlos-

senheit, welche zugleich Unabhängigkeit ist; wo aber die Bewegung anhebt, scheiden sich zwei Güterkreise, und der wirthschaftliche Familiensinn wird nunmehr einen festen und einen flüssigen Bestand des Vermögens auseinanderhalten, um diejenige Habe festzuhalten, auf welche die ganze Einrichtung von Haus und Heerd, Kind und Kegel basirt ist, und diejenige Habe, welche mehr nur dem jeweiligen Interesse und wechselnden Zwecken dient, frei und preiszugeben. In jenem Kreise waltet das Familienhaupt als in seiner Welt nach gewissen Regeln, über diesen schaltet er ganz nach Belieben, jenes steht unter seiner Verwaltung, dieses zu seiner Verfügung. Jenes Gut ist relativ unbeweglich und untheilbar, dieses aber ganz besonders mobilisirt und parcellirbar. Der ganze Unterschied fällt mit dem der nichtvertretbaren und vertretbaren Sachen zusammen. Zu den bleibenden oder ständigen Gütern werden (vom patricischen Standpunkt aus gefaßt) nicht bloß die liegenden Gründe, sondern auch solche Fahrniß gerechnet, welche mit dem Stammgut vom Vater überkommen das eigentliche Gebiet und geistige Territorium (*fr. 239. § 8. D. de V. S.*) des Familienhauptes, des *herus*, bilden und wieder dem Erben zukommen (*patrimonium — imperium — hèredium*), m. a. W. (vom plebejischen Standpunkt aus gefaßt) welche in der eigentlichen *manus* des Familienhauptes, des *paterfamilias* stehend dessen *familia* ausmachen und daher *res mancipi* sind. Zuerst versteht es sich von selbst, daß das Familienhaupt seine Nachkommenschaft zum eigentlichen Hause rechnet, nach ihr den der Familie gewonnenen, als Wohnstätte und Ackerland angebauten Grundbesitz, auch den Chor der Sklaven (*fr. 79. pr. D. de legat. III.*), endlich das Zug- und Lastvieh, denn letzteres geht dem Bürger bei seiner Kriegs- und Friedensarbeit zur Hand, steigert seine unmittelbare Leistungskraft und macht sich durch seine individuelle Art der Familie wichtig und vertraut (*proles, praedium, mancipium, armentum jumentumque*). Vergl. Mommsen R. Gesch. I. S. 842. Im Umkreis dieser Sachen muß, wie wir sahen, die Idee des Eigenthums sich zuerst präcisirt haben. Alle anderen Sachen aber, die wir fliegende oder ambulatorische Güter nennen können, hielten dieser Idee noch nicht Stand, flossen leicht durch die Hand, und — die Proletarier in der Güterwelt! — dienten sie dem Hause nicht durch ihre Arbeit, sondern indem sie verbraucht, d. h. verzehrt und zum Umsatz verwendet wurden. Auch sie konnten zwar im Allgemeinen *facultates* genannt werden, denn sie gewährten dem Inhaber unter Umständen großen Vortheil und eine gewisse Suprematie im Verkehr, allein es waren die minder werthvollen Stücke, die kleineren Werthe, theil- und tragbar, zählund meßbar, leicht in größeren Mengen erringbar und ins Unbestimmte vermehrbar: ursprünglich war das vornehmlich das Kleinvieh (Heerden- und Federvieh), mit altem Ausdruck als *peculium* bezeichnet: der flottirende Anhang des *patrimonium*, aufgesammeltes Kapital an Heerden, welche den Clienten gern ausgethan wurden; wenn *dominus* mit *bona* zusammenhängt und auf *dare* zurückzuführen ist (s. Lange I.

S. 133. 137.), so hieß der Begüterte rücksichtlich dieser Güter gerade *dominus* d. h. Leiher, Lehnsherr, und das Leihgut *bona*, und *peculium* wäre ursprünglich mit *bona* (in *bonis habere*) gleichbedeutend; die Verbindung von *caput et bona* aber würde die Person sammt ihrem die bürgerliche Stellung bestimmenden Hausgut und das äußere anhängende Besitzthum (Vermögen im engeren und weiteren Sinn) bedeuten.* Ihm entspricht dann der Kreis der *res nec mancipi*, die sich leicht von der Familie ablösten und nach den XII Tafeln auch von Frauen beliebig veräußert werden durften (Gai. 2, 47. 81. 83.); es sind diese Sachen größtentheils geeignet, den in der festen Habe ruhenden Werth in Theilen auszudrücken, in Fluß zu bringen und für den Verkehr zu repräsentiren, zu parcelliren, zu mobilisiren. So stehen auf der Stufe roher Ackerwirthschaft die Semoventien überhaupt dem Immobiliar, dann dem Haus- und Gartengrundstück das offene Wald- und Weideland, dem Acker das Getreide, dem Großvieh das Kleinvieh, endlich dem Acker und Vieh das Erz (als Scheidemünze) gegenüber. Pecunia war der allgemeine Ausdruck für diesen Theil des Besitzthums, der sich der *familia* anhängte, *familia pecuniaque* also der Ausdruck für das gesammte Vermögen an *res mancipi* und *nec mancipi* (nicht wie Lange I. S. 97: Hauswesen und Viehstand, oder Andere wollen: Sklaven und Viehstand) und soviel als *heredium peculiumque*, und es läßt sich sagen, daß zum Census das *patrimonium* oder die *familia* d. h. der Kreis der *res mancipi*, welche dem Römer als *herus* oder *manceps* gehörten und sein *caput* bestimmen und bilden halfen, gerechnet ward, das *peculium* aber, oder die *pecunia*, d. h. der Kreis der *res nec mancipi*, welche das freie Kapitalvermögen (*bona*) bildend dem Römer als *dominus* gehörten, außer Ansatz blieb und nicht als Vermögen im staats- und civilrechtlichen Sinn galt. Bedeutet wirklich *familia* in letzter Wurzel die Wohnstätte (s. Roßbach Unters. über d. Röm. Ehe, S. 14. 15.), so liegt die Wesensübereinstimmung mit *heredium* zu Tage, *peculium* und *pecunia* aber verrathen sich von selbst als Zweige Eines Stammes (*pecus*). Beide Zweige sind emporgewuchert, haben manche Wandelungen erfahren und sich allmählich von einander entfernt, aber in beiden klingt als Grundton die Bedeutung der *res nec mancipi* nach, beide lebten ineinandergeschlungen fort in jenem altrömischen Bauernspruch, welchen uns Proculus aufbewahrt hat: *pecunia sine peculio fragilis est* (*fr. 79. § 1. D. de legat. III.*); beides drückt hier erspartes Kapital aus, aber mit verschiedener Tendenz. *Peculium* ward später als *pusilla pecunia* definirt (*fr. 5. § 3. D. de pecul. 15, 1*), es war der als Nothpfennig zurückgelegte Vorrath (*fr. 79. cit. nummi repositi*), dasjenige Gut, was sich vom Grundstock des Vermögens (*patrimonium* — *dos*) leicht absondern und dem Kinde, dem Sklaven, der Gattin zu selbstthätiger Verwendung übergeben ließ (*fr. 9. § 2. D. de jure dot. 23, 3; fr. 31. § 1. D. de donat. 39, 5*). Der Schwesterausdruck *pecunia* aber nahm

*) vergl. oben den Excurs zu § 56—58.

eine doppelte Richtung, indem er theils sich erweiterte (parallel dem Begriffe *bona*), zur Bezeichnung des ganzen Vermögens und zur Identität mit *familia* oder *patrimonium* erhob, theils sich einschränkte und die modernste und eminenteste Fungibilie, das gemünzte Geld (*pecunia numerata*) bezeichnete, wofür der ältere Ausdruck *aes* schlechthin gewesen war (Voigt d. *jus natur.* d. Römer, II. S. 155); Geld ward ja später die beliebteste und kräftigste Form des Privatvermögens (*Cic. Top. c. 5.; de invent. 2, 21; de legib. 2, 19; fr. 178. pr. fr. 187. 222. D. de V. S.; l. 22. C. de admin. tutor. 5, 37.*), aber es blieb ihm auch die Bedeutung des verwendbaren beweglichen Kapitals, welches sich zum Grundstock des Vermögens verhielt, wie die Provinz zum *fundus Italicus* (*fr. 35. D. de hered. instit. 28, 5*). Die Ausdrücke *dominium* und *bona** endlich schwangen sich zur Ebenbürtigkeit mit dem vollen Recht (*jus Quiritium*) an dem *patrimonium* oder der *familia* auf, und lösten sich gänzlich von der Idee des *peculium* ab (*fr. 182. D. de V. S.*): eine Entwicklung, welche mit der Ausbildung des *nexum*, der Schwesteridee der *manus*, zusammenzuhängen scheint. Wie der Patron seinen Clienten Heerden ausgeliehen hatte, so lieh dann der Patricier dem verkommenen Plebejer Getreide und Erz, diese neueren *res nec mancipi*, der Lehnsherr ward zum Schuldherrn, und wer auf die *bona* (*aes alienum*) Anspruch hatte, beherrschte zugleich das *caput*, ein Gedanke, welcher in dem Darleihgeschäft den treffenden und energischen Ausdruck fand, daß der hülfsbedürftige Plebejer sich selbst, d. h. seine Person sammt was ihr anhängig (*corpus, caput, familiam*) an den Darleihenden gegen die Darlehnssumme (als Preis) gewissermaßen verkaufte. So unterschied sich das *nexum* von der *mancipatio*, mit der es grundbegrifflich identisch war, nur darin, daß, während bei dieser auf der *merx* der Verkehrsnachdruck lag, bei jenem das *pretium* den eigentlichen Geschäftszweck bildete, m. a. W. daß es dort auf den Umlauf von *res mancipi*, hier von *res nec mancipi* abgesehen war. Letzteres setzt aber eine beträchtlich zunehmende Bedeutung der *res nec mancipi* und namentlich der *pecunia numerata* voraus, daher das *nexum* sich erst nach der *mancipatio* völlig entwickeln konnte. Die Gestalt des *nexum* gehört vorzugsweise der folgenden Periode (der ersten Hälfte derselben) an; in unsrer Periode wog das Vieh noch vor, das Erz stand zurück, alle Bußen (*mulctae*) waren in Viehstücken angesetzt, auch Servius Tullius führte noch nicht gemünztes Geld ein, sondern erfand nur, indem er Erz nach Gewicht geben ließ, einen allgemeinen Werthmesser, und lehrte das bis dahin rohe und formlose Metall (*aes rude*) in Barren gießen, die mit Marken versehen wurden (*aes signatum* mit Typen des Rinds oder Schafs: Plin. H. N. 18, 3. u. 33, 13). Nun trat die Wage an die Stelle der früheren Abschätzung des Gewichts mit freier Hand, und wie das Maximum der auf der Hand freischwebend zu erhaltenden Last *libra* genannt worden war, so erhielt jetzt die Wage selbst diesen Na-

*) Vergl. Cursus § 122 a. E. u. § 124.

men. Mommsen Röm. Münzwesen, S. 171., Röm. Gesch. I. S. 198. 207. Lange I. S. 135. 423., Kenner i. d. Sitzungsberichten der Akad. d. Wissenschaften zu Wien, Philos.-histor. Cl. Bd. 43. (Jahrgg. 1863) Juliheft S. 382. 391. Erst die Decemvirn führten, wie es scheint, mit den geschriebenen Gesetzen das gemünzte, aus Kupfer geprägte Staatsgeld ein.

Die verschiedenen Ansichten über die *res mancipi* und *nec mancipi* sind oft zusammengestellt worden. Vergl. *J. Christiansen* d. Wissensch. d. Röm. Rechtsgesch. S. 353ff. Huschke Verfass. des Serv. Tull. S. 250ff. Ders. Recht d. *nexum* S. 200ff. Puchta Curs. d. Instit. II. § 238. Danz Lehrb. d. Gesch. d. R. R. I. S. 191ff. Böcking Pand. d. Röm. Privatrechts (2. Aufl.) I. § 73. Rein Privatrecht d. Röm. S. 241ff. Plange Ueb. *res mancipi* und *nec mancipi* (1858). Lenz Recht d. Besitzes (1860) S. 262ff. —

Ueber der Sphäre des *fas* waltete die Hand der Gottheit: durch ihre Organe, die Priester, griffen die Götter nach patricischem Glauben in alle Verhältnisse und Vorgänge des Lebens ein, kein Act ohne religiöse Weihe (*sacramentum, juramentum!*) konnte rechtlich wirksam oder bindend seyn, alle Rechtswirkungen waren sacral gewährleistet. In der Sphäre des *jus,* dieser jüngern, aber mächtig durchbrechenden und siegreich emporsteigenden Schicht von Rechtsbildungen, waltete die Hand des Menschen selbst, welcher sich nun mit vollster Energie zum Mittelpunkt des Irdischen setzte und den profanen Privatwillen entwickelte. Etwa mit Rücksicht auf den Satz, daß immer das Ganze vor seinen Theilen, und alle wahre Geschichte wesentlich nur Entfaltung und Gliederung sei, hat man für die Privatsphäre des altröm. Rechtslebens eine einfache Urform zu construiren gesucht und an den Anfang der Röm. Rechtsgeschichte gestellt; dieses Ei des Röm. Privatrechts ist die *manus* des unabhängigen Privatmanns (*paterfamilias*) über Weib und Kind, Haus und Hof, Acker- und Zugvieh, nebst Sklaven und sonstigem Inventar. Vergl. Joh. Christiansen d. Wissensch. d. Röm. Rechtsgesch. S. 137ff. und Institutionen S. 89ff.; Roßbach Untersuch. üb. d. Röm. Ehe, S. 14. 23ff.; Ihering Geist d. R. R. II. S. 168. Lenz Ueb. d. geschichtl. Entsteh. d. R. S. 154. Lange I. § 30. Jedenfalls muß dies zugegeben werden, daß einem Rechtssinn, welcher sowohl naiv als energisch ist, die Vorstellung eines unterschiedlos unterworfnen Gebiets und einer absolut compressen Herrschaft, die aber zugleich das Beherrschte zu einem organischen Stück des Herrschers macht, ganz natürlich ist. Gleiche Vorstellung finden wir im alten Israel; vergl. z. B. Josua 7, 24—26.

Bemerkenswerth ist, daß bei den dem *fas* angehörigen oder entsprungenen Rechtsgeschäften, namentlich der *in jure cessio, manumissio vindicta* und *in jure confessio* zwei Elemente, eine ursprünglich sacrale später verweltlichte Solennität, und sodann die Idee des Kampfes zusammengemischt sind; bei der *confarreatio* kehrt das letztere Element in der Idee des Raubes wieder (s. Roßbach Röm. Ehe, S. 328ff.). Dieses

ist zu berücksichtigen bei der Frage, ob die Formen der 1. (*fas*) oder der 2. Columne (*jus*) historisch älter seien. Man hat von den letzteren die Priorität behauptet (Ihering II. S. 579), weil *aes et libra* auf die *res mancipi* und die *familia* im alten engern Sinn zurückweisen, allein eben so sprechen für die Priorität der sacralen Formen eben das sacrale Element, welches allenthalben auf hohes Alterthum weist und die Wege der Menschheit auf den göttlichen Schöpfer zurückführt, und jenes Element des Kampfes, in welchem die Anschauungen einer sehr frühen und kampfreichen Zeit nachklingen. Das Wahre wird seyn, daß die Wurzeln beider Systeme gleich alt, und die Formen der 1. Columne nur in ihrer späteren Profanisirung jünger sind als die Geschäfte *per aes et libram*.

XII. Kapitel.

VI. Rechtspflege.

(Zu § 93-96)

Die Gerichtshöfe der Decemvirn und Centumvirn.

Zu § **96**] Wenige Institutionen der Röm. Rechtspflege sind von einem so ehrwürdigen Nimbus umgeben, wie der Gerichtshof der Centumviri, und doch ist sowohl der Ursprung als der Untergang desselben in ein Dunkel gehüllt, welches bis jetzt keiner Leuchte der Forschung hat weichen wollen; in Betreff beider Zeitpunkte differiren die Ansichten der bewährtesten Forscher um Jahrhunderte. Ebenso zweifelhaft ist das genetische Verhältniß der *Decemviri litibus judicandis* zu jenem größeren Gerichtshof. — Die hauptsächlichen Anknüpfungspunkte für die bisherige Forschung sind I. die spätere Zeit anlangend: 1) einige Stellen bei Cicero (namentlich *de orat. 1, 38—40; pr. dom. 29.* und *pr. Caec. 33*), aus welchen entnommen wird, daß zu dessen Zeit jene Decemvirn für Streitigkeiten über den *status libertatis* und *civitatis*, die Centumvirn für Eigenthums- und besonders Erbstreitigkeiten competent waren (v. Keller Röm. Civilproc. § 6); 2) die Bemerkung des Sueton (Octav. 36), daß durch August die Decemvirn (an Stelle der Exquästoren) mit dem Amte die Centumvirn zu versammeln betraut worden seien. II. Die frühere Zeit anlangend: 1) eine Mittheilung des Pomponius (*fr. 2. § 29. D. de O. J. 1, 2*): *deinde cum esset necessarius magistratus, qui hastae praeesset, Decemviri litibus judicandis sunt constituti*, und 2) die *lex Valeria Horatia* unmittelbar nach Absetzung der *decemviri legibus scribundis* (449 v. Chr. 305 d. St.), welche nach Liv. 3, 55 bestimmte: *ut qui tribunis plebis, aedilibus, judicibus, decemviris nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset.*

Daß diese Sanction von den (späteren) Römern selbst auf irgend welche Gerichtshöfe bezogen worden, davon findet sich in den Quellen keine Spur; die Spruchrichter unter besonderen Götterschutz zu stellen, das reimt sich auch wohl kaum mit der Röm. Anschauung und den

Functionen bloßer Urtheilsfinder; die Tribunen und Aedilen waren Beamte (der Plebs): so liegt es nahe, auch unter den *judices* und *decemviri* an Beamte (der Plebs) zu denken. Wie Livius 3, 55 erwähnt, nannte man zu Zeiten die Consuln „*Judices*", zwar hinzufügend, daß in der Zeit der XII Tafeln nicht dieser Ausdruck, sondern „*Praetores*" für Consuln der übliche gewesen sei, indeß war doch unter den Römern selbst die Ansicht vertreten, daß mit jener Sanction die Consuln gemeint gewesen seien. Die Einrichtung der obersten Magistratur war gerade damals im Schwanken; Decemvirn hatten mit Suspension aller Magistrate bestanden, während des Streites waren von den zwei plebejischen Heerkörpern je 10 *tribuni militares* gewählt und ihren Angelegenheiten vorgesetzt worden; die Theilnahme der Plebs an der obersten Magistratur war in Frage. Wir wissen nicht, ob nicht von Neuem Decemvirn, an Stelle des bisherigen Consulpaars, gewählt werden sollten; lange Zeit hindurch blieb seitdem die Consulwahl precär und oft unterbrochen durch Consulartribunate. In jene Zeit fällt nun die Sanction der *lex Valeria Horatia;* diese sollte alle Plebejer in Amt und Staatsberuf schützen, da ihnen nicht die Weihe der Patricier zukam: so mochte man mit den *Judices* und *Decemviri* die etwa an den künftigen höchsten Aemtern (Consulat, Consulartribunat!) theilnehmenden Plebejer verstehen.

Mit dieser Hypothese nähern wir uns am meisten der von Niebuhr (R. Gesch. II. S. 366. 416) aufgestellen; der Unterschied ist, daß dieser, den Fingerzeig betreffs der Consuln abweisend, die „*Judices*" auf den Centumviralhof und nur die „*Decemviri*" auf die künftigen Oberbeamten bezogen wissen will. Später wurden allerdings die Centumvirn zuweilen einfach als *Judices* bezeichnet, so bei Plin. Ep. 5, 21: „*Sedebant judices, Decemviri venerant, ... tandem a praetore nuntius; dimittebantur Centumviri*"; daß aber schon in der Zeit der XII Tafeln diese Bedeutung vorgekommen, ja herrschend und technisch genug gewesen sei, um in einem Gesetze einfach stehen zu können, wird, scheint mir, durch die Andeutungen des Livius widerlegt; außerdem spricht gegen Niebuhr dessen weitere und von seinem Standpunkt aus unvermeidliche Annahme, daß der Centumviralhof eine specifisch plebejische Einrichtung gewesen sei, was dem Karakter desselben in der Zeit, aus welcher allein wir sichre Nachrichten besitzen, entgegen ist. Anders Huschke (Verf. des Serv. Tull. S. 593 u. 607), welcher, das Komma zwischen „*Judicibus Decemviris*" streichend, dieselben für im Wesentlichen identisch mit den später genannten *Decemviri stlitibus judicandis* hält. Allein abgesehen davon, daß die Wortfolge „*Judices decemviri*" (statt „*Decemviri judices*") und überhaupt eine solche Verbindung des Wortes *Decemvir* mit *Judex* kaum der Röm. Diction gemäß seyn dürfte, ist einzuwenden, daß Pomponius (in *fr. 2. § 29. D. de O. J. 1, 2*) die Gerichtsdecemvirn ausdrücklich als in einer weit späteren Zeit „*constituti*" nennt; nun wiederholt sich in der langen geschichtlichen Darstellung des Pomponius kein Wort so häufig, als „*constituere*" (s.

dort §. 10—12. 17. 18. 21—26. 32), aber immer in dem markanten Sinn des neuen Einrichtens und Einsetzens; statt dessen nimmt Huschke eine bloße Reform und zwar der Art an, daß die Decemvirn auf eigentliche Vindicationsprocesse eingeschränkt und für die *hasta* als Richtercollegium, wie später die Centumvirn, anerkannt worden seien, während sie früher *ex provocatione* in allen Processen competent gewesen. Wie aber konnte Pomponius eine solche Einschränkung als Einsetzung bezeichnen? Auch ist keine Spur davon vorhanden, daß die Gerichtsdecemvirn die *hasta* und die Vindicationsprocesse gehabt hätten; Belege sind höchstens dafür anzuführen, daß sie (später) Statussachen hatten, und nach Pomponius („*magistratus, qui hastae praeesset*") bestand die neue Einrichtung darin, daß Decemvirn mit dem Karakter von Magistraten den Vorsitz, bez. das Instructionsamt für die Vermögensprocesse haben sollten.

v. Bethmann Hollweg (Röm. Civilproc. I. §. 23. S. 59) versteht unter „*Judices*" die Centumvirn und unter „*Decemviri*" die Richterdecemvirn. Sollten aber wirklich in der alten Zeit schon zwei selbständige Richtercollegien geschaffen worden, und in jenen einfachen Gesellschaftsverhältnissen, wo die Sklavenmenge gewiß noch gering und der Verkehr mit Peregrinen gewiß noch schwach war, das Bedürfniß eines besonderen Gerichtshofes für Statussachen gewesen seyn? Ueberdies ist es höchst unwahrscheinlich, daß in einem unmittelbar mit der Absetzung der *decemviri* (*legibus scribundis*) zusammenhängenden Gesetze mit dem Worte „*Decemviri*" eine ganz andere Behörde bezeichnet worden seyn sollte.

Wie über die fraglichen Worte der *lex Valeria Horatia*, so gehen auch über die Zeit der Entstehung der beiden Gerichtshöfe die Ansichten weit auseinander. Niebuhr (I. S. 446. III. S. 647—9) versteht die Nachricht des Dion. 4, 25, daß Servius Tullius für Privatprocesse Spruchrichter angeordnet habe, als Einsetzung des Centumviralhofs, der aus den Volkstribus hervorging, und hält sich betreffs der Richterdecemvirn an des Pomponius Bericht. Ihm stimmt in der Hauptsache Walter (R. R. Gesch. II. § 694) bei. Huschke (l. c. S. 585—596. 606—9) dagegen, die Comitien selbst als ursprüngliche Gerichtshöfe denkend, führt die Richterdecemvirn, deren je 2 den fünf Classen entsprechen sollten, auf Servius Tullius, bez. auf die *lex Pinaria* (472 v. Chr. 282 d. St.?) zurück und nimmt an, daß die die Tribus repräsentirenden Centumvirn erst „etwa gegen Ende des 6. oder Anfang des 7. Jahrh. (d. St.) aufgekommen seien". v. Bethmann Hollw. (I. S. 56—8) endlich hält beide Gerichtshöfe für identisch mit den von Servius Tullius eingesetzten Privatrichtern. v. Keller (§ 5. Anm. 7 u. § 6. Anm. 99) schwankt, neigt sich aber der Huschke'schen Ansicht zu. Ueber andere Ansichten s. Zumpt Ueb. Ursprung, Form und Bedeut. d. Centumv.-Ger. in d. Abh. d. Acad. d. Wiss. (1838) S. 135. Puchta Curs. II. § 153. Rein Röm. Privatr. (1858) S. 869—872. Schweg-

ler R. Gesch. II. S. 280 u. III. S. 74. Lange R. Alt. I. S. 398. 516. 752. Mommsen R. Gesch. I. S. 253. 275. 438. Rudorff II. § 7.

Für ein hohes Alter des Centumviralhofs spricht sein Symbol, die *hasta*, (Quinctil. V, 2, 1; Gai. 4, 16), welche auf das alte *jus Quiritium*, den Kreis der *res mancipi* und den Census zurückweist (vergl. Niebuhr I. S. 446, Huschke l. c. S. 560, v. Bethmann Hollw. I. S. 57), die Geltung des Gerichts als eines Volksgerichts (entgegengesetzt den *privati judices*: s. Huschke l. c. S. 585), ferner der Umstand, daß die alte *legis actio sacramento* gerade (nur) für Centumviralsachen in Uebung blieb (Gai. 4, 95); die Reform durch August, wodurch der Gerichtshof wieder zu höherem Ansehn gelangte, als vordem in der letzten Zeit der Republik (Tacit. Dial. 38), beweist nicht, daß auch in der älteren Zeit das Ansehn ein geringes gewesen, wie Huschke (S. 592) meint. Huschke (S. 591) bemerkt, daß nach Dionysius Vorstellung die Richter, denen der König die Privatprocesse überließ, Senatoren waren, was aus der Rede hervorgehe, die er (4, 36) ihn an den Senat halten läßt; er erklärt ferner (S. 596) für möglich, daß die Richterdecemvirn ursprünglich (d. h. vor der *lex Pinaria*) nur ein beschränkteres Amt, etwa den Classen in den Volksgerichten vorzustehen, gehabt hätten, und erinnert daneben an die *decem primi* des Senats (Dion. 4, 36). Nach Zumpt Centumviralgericht S. 20 wären die Decemvirn Gehülfen des Prätor gewesen, um die Klagen für die Centumvirn zu instruiren. v. Bethmann Hollw. (I. S. 60) nimmt an, daß sowohl die Centumvirn, als auch die Decemvirn (ursprünglich) vom Prätor ernannt worden seien. Hierzu kommt endlich ein ganz neuer Fingerzeig Sanio's (Varroniana bei Pomponius, S. 52. 121—4): derselbe vermuthet auf Grund von *Paul. Diac. ex Festo s. v. Centumviralia* („*XXXV tribus, quae et curiae sunt dictae*") und s. v. *Curia*, ferner *Pseudo-Ascon. in Verr. act. 2, 1, § 14* u. *Jo. Lydus de mag. 1, 16*; *de mensib. 1, 19*, die daselbst befindliche Vermischung von Tribus und Curien habe darin ihren Grund, daß in der Mittheilung des Dion. 2, 12 von der Bildung des Romulischen Senats eine Notiz über die ursprüngliche Zusammensetzung des Centumviralgerichts verdeckt enthalten sei; von jenem aus 100 bestehenden Senat wird nämlich da, und zwar wahrscheinlich nach Varro, berichtet, daß er gebildet worden sei durch drei aus jeder Stammtribus (= 9) und drei aus jeder *curia* (= 90), wozu Romulus selbst für sich einen Stellvertreter als *princeps senatus* hinzugefügt habe, welcher bei *Lyd. de mens. 1, 19, Custos urbis* u. *Praetor urbanus* genannt wird. Die Sitte, einen Ausschuß des Senats von 10 Männern für besondere Fälle zu bilden, scheint bei den Römern überhaupt von altem Datum zu seyn (vergl. Marquardt Alterth. III. 1. S. 243, 386). Demzufolge würde der Centumviralhof uralt seyn, ja vielleicht als Einrichtung des Romulus mit dessen Senat zusammenfallen, und würden unter den Decemvirn etwa jene 10 nicht aus den Curien Ernannten, d. h. die ursprünglichen drei Stammtribus repräsentirenden, Mitglieder zu verstehen seyn. Die Hypothese ließe sich fortspinnen: dieser aus Senatoren zusammengesetzte

Gerichtshof bestand auch nach der Senatsvermehrung in seiner anfänglichen Zahl fort, das Recht der Ernennung ging von den Consuln später auf die Prätoren über, und die Zahl ward mit der Zahl der Tribus in (multiplicativen) Einklang gebracht, die Zehnmänner (*decem primi!*) aber waren eigentlich Mitglieder des Hundertgerichts (vergl. die Ansicht von Bachofen und Krug?), wurden dann vielleicht seiten der Prätoren besonders bei der Instruction der Processe zugezogen, endlich aber zu einer selbständigen Behörde organisirt, mit dem Amte, dem Centumviralgericht zu präsidiren.

Es liegt nahe zu denken, daß man für die Prätoren auf Geschäftserleichterung sinnen mußte (besonders als das Formularverfahren aufkam und ihre Thätigkeit in Anspruch nahm); auch von anderen *magistratus minores* berichtet Pomponius, daß ihre Einsetzung den gleichen Zweck der Geschäftserleichterung hatte, und so wäre jenes Richterdecemvirat vielleicht eine Parallele zu der Einrichtung der *Judices quaestionum*, welche für die Instruction der Criminalprocesse neben den Prätoren genannt werden.*

Aus 2 Stellen des Cicero (*pr. Caec. 33* u. *pr. dom. 29:* „*Decemviri sacramentum justum judicaverunt*" — „*injustum judicassent*") hat man geschlossen, daß zu dieser Zeit die Decemvirn für Staatssachen als besonderer Spruchgerichtshof competent gewesen seien. Diese Deutung ist sehr problematisch und schwer zu vereinigen mit den betreffenden Aeußerungen des Pomponius („*magistratus, qui hastae praeesset*") und des Sueton („*ut centumviralem hastam Decemviri cogerent*"), wenn dieselben genauer genommen werden als z. B. von Seiten v. Keller's § 5. 6: „an die Spitze des Centumviralgerichts" — „gewisse Leitung, welche August auf die *Decemviri* übertrug") geschieht. Zufolge dieser Aeußerungen sollten ursprünglich die Gerichtsdecemvirn Vorstände des Centumviralhofs seyn, als solche wahrscheinlich die Legisactionenprocesse für dieselben instruiren, oder doch dabei dem Prätor behülflich seyn, und bez. dann ihren Versammlungen präsidiren, denn eines Vorsitzes bedurften solche mitgliederreiche Gerichtskörper; durch Augustus aber erhielten sie das weitere Amt, den Centumviralhof zu seinen Sitzungen (wohl nach Belieben und Bedürfniß) einzuberufen und bez. die jeweilige Vertheilung in die einzelnen Senate (*hastae*) zu bewirken. Ist dies richtig, so erscheint unwahrscheinlich, daß in den Decemvirn mit dieser amtlichen Präsidialmacht in Centumviralsachen eine abgesonderte Spruchrichtercompetenz für den Specialkreis der Statussachen sich vereinigt haben sollte: wohl eine Combination ohne Vorgang und Parallele.

Die Hauptstelle über den Centumviralhof und dessen Competenz ist bei Cic. de orat. 1, 38—40. 56. 57; hier aber werden offenbar auch Statussachen (*libertas, civitas,* bez. *postliminium*) mit zur Centumviralcompetenz gerechnet, denn in Kap. 40, § 181 wird die Sache des

---

*) s. unten Excurse zu § 200—212. No. III. sub B.

(den Numantinern überlieferten) Consularen Mancinus als eine *capitis causa* („*quod Tribunus pl. eum civem negaret esse*“), als eine *major contentio de ordine, civitate et capite hominis* bezeichnet (vergl. *pr. Caec. c. 34*), und in cap. 56. § 238. deutlich den *maximae centumvirales causae in jure positae* beigezählt. Dieser (bisher immer ignorirte) Fall ist entscheidend, da hier, auch nicht einmal secundär, ein Erbrecht in Frage war, was bei den übrigen dort erwähnten Fällen allerdings mit hineinspielte. Mitten unter diesen Fällen wird ferner in cap. 40. § 183. ein *judicium de libertate* (eines *censu manumissus*) aufgeführt, so daß auch hier kaum anders als an eine Centumviralsache gedacht werden kann. — Cicero zählt dort überhaupt eine Reihe von Beispielen auf, in denen schwierige Rechtsfragen vorkamen, und die Gelegenheit zur Bewährung tüchtiger Rechtskenntniß gegeben wurde: er nennt verschiedene Fälle der *privata judicia* und viele Fälle des *centumvirale judicium*; er kommt dabei mehrfach auf Statusfragen zu sprechen: warum nun ließ er da die Gerichtsdecemvirn ganz unerwähnt, wenn gerade die Statussachen zu deren Specialcompetenz gehörten? Sie mußten doch eine sehr erwünschte Arena für patronatsüchtige Redner abgeben. Dies ist von den Vertretern der gemeinen Meinung ebenso wenig erwogen worden, wie das Mißliche einer Trennung der Status-Competenz von der übrigen Gerichtscompetenz, da doch Statusfragen in der Regel engstens mit anderen Streitpunkten, als präparatorische oder incidente Fragen, zusammenzuhängen pflegen, und man fragen muß, wozu für 50 reine Status-Fälle ein besonderer Gerichtshof, wenn 100 dergleichen in andere Streitsachen eingemischte Status-Fälle vom Centumviralgericht erledigt wurden? Weisen wir daher dem Centumviralhofe auch Statussachen zu, so erklärt sich durch den ursprünglichen Zusammenhang der *hasta* mit dem Census das *Quinquennium* der Statusklagen, womit das *Quinquennium* der Inofficiositätsquerel übereinstimmt; auch diese Uebereinstimmung, worauf schon Huschke aufmerksam machte, weist auf eine Verbindung der Status- und Erbschaftsklagen in demselben Organe hin.

Fassen wir nun die zwei Ciceronianischen Stellen, in welchen „*Decemviri*“ genannt sind, ins Auge: so ist zunächst zu bemerken, daß beide höchstens für Freiheitssachen angeführt werden könnten, denn auch in *pr. Caec. 33* wird die Sache als eine *libertatis defensio* bezeichnet und die Civität da nur mittelbar in Frage gezogen: wir könnten also jedenfalls Cicero nur als Beleg für die Decemviralcompetenz *in quaestiones libertatis* betrachten. Sehen wir nun aber weiter zu! Hat Cicero in *pr. dom. 29.* wirklich an die *Decemviri litibus judicandis* gedacht? Er spricht vorher von den Vorfahren und deren weiser Volksthümlichkeit, erwähnt Machtsprüche der 30 Curien, später der Centuriatcomitien als möglich und bez. wirklich, und zwischen diesen die Decemvirn, deren Machtspruch zum Nachtheil der *libertas* er hinstellt, aber mit dem Hinzufügen, daß ein solcher zu nochmaliger Gerichtsverhandlung gebracht werden könnte. Ist hier nicht vielmehr an die *Decemviri legibus scri-*

bendis und deren besondere Machtvollkommenheit (vergl. Liv. 3, 44. 47. 56. 57) zu denken? Dies empfiehlt sich beinahe durch den allgemeinen staatshistorischen Hintergrund, aus welchem hervor Cicero hier (vergl. noch cap. 13. § 33; cap. 17. § 43. 45; cap. 30. § 80) seine Frage abhandelt. In pr. Caec. 33 endlich ist die Freiheit eines Weibes von Arretium in Frage: in welchem Sinn aber die Thätigkeit der dabei genannten *Decemviri* gemeint sei, ist nicht speciell erörtert; die Letzteren können hier recht wohl als Vorsitzende des Centumviralhofs, Instructoren des Processes und Verkündiger des *judicatum* gemeint seyn, welchenfalls diese Stelle mit der oben aufgestellten Ansicht ganz übereinstimmen und die folgenden Worte: „*aut magistratus aut judicis dubitatione*" ihre Erklärung haben würden.

Zweite Periode.

Von der Gesetzgebung der XII Tafeln bis zum ersten Punischen Kriege.

(ca. 450-250 v. Chr.)

XIII. Kapitel.

I. Länder und Völker.

(Zu § 97-102)

I.

Rom's Bürger.

Zu § **97**] In dieser Periode athmet alles Energie. Es ist die Zeit, in welcher Rom am meisten unsere Bewunderung herausfordert, denn es ist die Jugendblüte und die classische Zeit des Röm. Nationalgeistes. Wir werden hier seine intensivste Erregung und Arbeit gewahr, und keine andere Zeit oder Nation hat eine gleich lange und geschlossene Kette einfacher kräftiger Karaktere aufzuweisen. Jede Aufgabe findet ihren Mann — Terentilius Arsa, Quinctius Cincinnatus, Mamercus Aemilius, Furius Camillus († 365 v. Chr.), Licinius Stolo, M. Curtius (?), Decius Mus, Papirius Cursor, Publilius Philo, Appius Claudius († nach 278), Curius Dendatus — aber keiner der Führer erhebt sich über das Volk zu einsamer Höhe, wenn auch Einzelne mit auszeichnenden Beinamen beehrt wurden, wie Sempronius σοφός und Atilius Sapiens (*fr. 2. § 37. 38. D. de O. J. 1, 2*), Valerius Maximus (a. 342 v. Chr.) und Fabius Maximus (a. 342); alle einzelnen Geister, die aus der Fülle des Gemeingeistes hervortreten, sind durchaus nur dessen Organe;

ja die großen Staatsmaximen finden in einzelnen Geschlechtern ihre Verkörperung, so in den patricischen Valeriern, Fabiern, Claudiern, in den plebejischen Iciliern, Publiliern u. Atiliern (Lange II. S. 115.; Schwegler II. S. 8. 58. 519. III. S 161); nicht Egoismus, sondern Enthusiasmus beseelt den emporwachsenden Körper, und so werden alle Abgründe überbrückt, alle Schlünde geschlossen, welche der „ewigen Stadt" den Tod zu drohen schienen. Die Situationen wechseln wie Berg und Thal, aber die Röm. Bürgerschaft bleibt Herrin einer jeden Situation. Mehr als einmal ist in den harten Kämpfen, welche bald Eroberungs- und bald Vertheidigungskriege sind, die ganze Existenz des Röm. Staats gefährdet, aber der endliche Preis des Ringens ist, daß Rom „aus der ersten die herrschende Macht" Italiens wird, und daß im Röm. Namen die Nation der Italiker sich concentrirt. Rom, welches am Anfang dieser Periode kaum anders als hundert andere kleine Völkerschaften und Gemeindestaaten Italiens dastand, war im Laufe zweier Jahrhunderte zur ansehnlichsten Landmacht der civilisirten Welt emporgeschossen und hatte in dieser überhaupt nur noch Eine Macht als Nebenbuhlerin. Vergl. Mommsen I. S. 457. 460.

Mehrmals im Laufe dieser Entwicklung verwickeln sich die italischen Conflicte in eigenthümlicher Weise durch das Eingreifen fremder Potenzen, nämlich der senonischen Gallier und des Epiroten Pyrrhos, indem jene mehr als einmal mit den Etruskern, mit diesem die Tarentiner zusammen gegen Rom stehen. Von beiden Seiten her wird Rom's Existenz gefährdet (390 u. 279 v. Chr.), aber in beiden Fällen ersteht dem geängsteten Rom ein Bürger, welcher der Bürgerschaft die fliehende Seele wieder einhaucht. M. Furius Camillus und Appius Claudius (Caecus) sind die einzigen Römer dieser Periode, welche um Hauptes Länge über ihrem Volk emporragend nur mit ihrem eignen Maß gemessen werden wollen, und in ihrem Einfluß auf die Röm. Militärorganisation scheint sogar der Faden eines geistigen Zusammenhangs den einen mit dem andern zu verknüpfen (Lange I. S. 429. II. S. 22. 34. 72. 74.); die Censur des Camillus (403) und die des Appius (312—308) gehören zu den folgenreichsten in der Röm. Geschichte. Camillus ist der glänzendste Nationalheld der alten Römer: 6 Mal ist er Consulartribun, 5 Mal Dictator gewesen, 4 Mal triumphirend auf's Capitol gezogen; er ist es, welcher zuerst seinem Volke die glänzende und gefährliche Bahn der ausländischen Eroberungen aufthut, die Last des Militärsoldes auf die Staatscasse überträgt, die erste erhebliche Gebietserweiterung (und Bildung 4 neuer Tribus) veranlaßt, durch seinen Widerstand gegen die Uebersiedelung nach Veji einen Bruch mit Rom's ganzer Vergangenheit verhütet: das Schwert und Schild Rom's gegen die zahlreichen Feinde, welche sich nach dem Gallischen Brande von allen Seiten erhoben, vom dankbaren Volke als zweiter Romulus und Vater des Vaterlands gepriesen; der bedeutendste Feldherr der Gallierzeit und vielleicht auch der Reformator des Röm. Kriegswesens. Er, der bisherige Vorkämpfer der Geschlechter ist es, welcher nach

dem endlichen Durchgang der Licinisch-sextischen Gesetze ein Heiligthum der Eintracht stiftet, gleichsam als würdigen Abschluß seiner langen und ruhmvollen Laufbahn. So Mommsen I. S. 297. 299. 333. 337. 445. u. bez. Schwegler III. S. 276—279. Lange I. S. 468. 571. Appius, des Decemvirs Ururenkel, ist der kühnste Neuerer, welchen die Röm. Geschichte kennt; er stellt zum ersten Mal die Ansässigkeit (?) als Grundlage des *jus suffragii* in Frage; er wirft das veraltete Bauernsystem des Sparschatzsammelns bei Seite und lehrt seine Mitbürger die öffentlichen Mittel in würdiger Weise gebrauchen, indem er das großartige System gemeinnütziger Bauten beginnt. Ihm verdankt der Röm. Staat die erste große Kunsstraße, die Röm. Stadt die erste Wasserleitung. Seinen Spuren folgend schlang der Senat um Italien jenes Straßen- und Festungsnetz, welches als Vorbild jeder Militärhegemonie dienen kann. Auf ihn führt sich der Anfang der hellenisirenden Röm. Poesie, die erste Verbreitung der practischen Rechtskunde, die Reception der hellenischen Sitte öffentlicher Ehrendenkmäler zurück. In ihm ist der Geist der Tarquinier und der Cäsaren mächtig, „zwischen denen er in dem fünfhundertjährigen Interregnum außerordentlicher Thaten und gewöhnlicher Männer die Verbindung macht;“ nachdem er längst von der politischen Bühne abgetreten war, als blinder Greis wie aus dem Grabe wiederkehrend, überwindet er in der entscheidenden Stunde den König Pyrrhos im Senate und spricht Rom's vollendete Herrschaft zuerst förmlich und feierlich aus. So Mommsen I. S. 310. 402. 452. 456. 459. 464. 474. Lange II. S. 67—78.

II.

Rom's maritime Entwicklung.

Zu § **98**] Rom tritt noch während dieser ganzen Periode als Landmacht auf, es ist vor dem 3. Jahrh. v. Chr. überhaupt nie eine Seemacht gewesen. Weder die Lage der Stadt, noch der Grundkarakter der Bürgerschaft läßt die Annahme zu, daß Rom ursprünglich eine See- und Handelsstadt gewesen, und die ganze militärische Organisation beweist, daß der spätere Aufschwung der Marine nicht Wiederbelebung einer verfallenen, sondern die erste Schöpfung einer neuen war (s. Mommsen I. S. 523). — Die Rivalität der Phöniker und Hellenen auf der See war eine alte; die energischere griechische Colonisation gewann den Vorrang, allein mit dem 6. Jahrh. v. Chr. kam deren Fortschritt ins Stocken, wohl aus keinem anderen Grunde als zufolge des Aufblühens von Karthago, denn „dieses centralisirte jetzt die ganze Wehrkraft der Stammverwandten mit einer Straffheit, der die griechische Geschichte nichts Aehnliches an die Seite zu stellen vermag.“ Im Anfang des 5. Jahrh. ward die auch über die See ausgebreitete Herrschaft der Etrusker tief erschüttert, Karthago auf die Defensive zurückgeworfen, Syrakus und Tarent erhoben sich zur See; während des 4. Jahrh. ward die etruskische Macht durch Syrakus vernichtet; aber seit dem

3. Jahrh. erholte sich Karthago von Neuem, und Syrakus sank zu einer Seemacht zweiten Rangs herab. In allen diesen Wandelungen und Kämpfen spielte Rom keine Rolle; die zahlreichen Küstencolonien Rom's waren nicht Marinehäfen, sondern Schutzfestungen. Mommsen I. S. 145. 324—328. 353. Voigt das *jus naturale* und *gentium* d. Römer II. S. 562—582. Erst die definitive Unterwerfung von Antium (338 v. Chr.) und die Verpflichtung Neapels und andrer süditalischer Griechenstädte, welche in die Röm. Clientel eintraten, zur bundesmäßigen Stellung von Kriegsschiffen (seit 326) legten die Basis für eine römische Kriegsmarine, die noch lange nicht in rechtes Verhältniß zur Landmacht Rom's kam; die Einsetzung von *Duoviri navales*, dann von 4 *Quaestores classici* (311 u. 267 v. Chr.), und die Heranziehung der Libertinen und Proletarier für den Seedienst (durch Appius Claudius 312!) zeigen uns die schwachen Anfänge einer auch da auf Küstenschutz beschränkten und wenig stattlichen Marineorganisation. Noch waren die Hellenen Unteritaliens für Rom die drohendere, weil nähere, Macht, und daraus dürfte sich der lange Zeit freundliche Verkehr zwischen Latium und Karthago, das Handelsbündniß des letzteren mit Rom (348. 306. 279) erklären. Als aber dieses endlich an Italiens Spitze stand, zur See nun Nachbar Karthago's, mußte die Frage der Röm. Hegemonie eine maritime werden, und Rom sich zur Seemacht aufschwingen. Dieser Aufschwung gehört der folgenden Periode an. Mommsen I. S. 416—421. Lange II. S. 73.

III.

Anfänge des Hellenismus in Rom.

Zu § **100**] Wie des Brennus, so bildet auch des Pyrrhos Erscheinung in Italien eine Episode, aber beide Episoden haben eine sehr verschiedene Bedeutung: denn den Galliern gegenüber handelt es sich nur um den immer wiederkehrenden Conflict zwischen Civilisation und Barbarenthum, während mit den hellenistischen Epiroten der Wettkampf zweier grundlegenden Culturen anhebt, welche zu geistigem Austausch bestimmt eine endliche Versöhnung finden müssen. Pyrrhos, der erste Tactiker seiner Zeit, verzichtet auf seine macedonischen Pläne, um im Westen für sich und für die hellenische Nation ein Reich zu gründen, „dessen Kern Epeiros, Großgriechenland, Sicilien gebildet hätten, das die beiden italischen Meere beherrscht und Rom wie Karthago in die Reihe der barbarischen Grenzvölker des hellenistischen Staatensystems, der Kelten und Inder, gedrängt haben würde." „Er ist der erste Grieche, der den Römern im Kampf gegenübertritt. Mit ihm beginnen jene unmittelbaren Beziehungen zwischen Rom und Hellas, auf denen die ganze spätere Entfaltung der antiken Civilisation und ein wesentlicher Theil der modernen beruht". Mommsen I. S. 337. 388—392.

Mittelbaren Einfluß hatte der Hellenismus schon früher auf Rom gewonnen, seitdem das samnitische Campanien Römisch geworden war; denn als (um die Zeit wo Veji und Antium den Römern unterlagen) die samnitischen Schaaren fast ganz Unteritalien besetzten, hatten sie nicht bloß die größeren hellenischen Städte bestehen lassen, sondern überhaupt die hellenische Bevölkerung geduldet, mit derselben sich gemischt und zum Theil von ihr griechische Cultur und Verfassung angenommen; in Campanien war dieser Proceß der Hellenisirung am raschesten vorgeschritten; nun begann das Leben von Capua mächtig einzuwirken auf das Leben von Rom, und das große Strombett ward gegraben, durch welches nachmals die modernen Ideen des s. g. *jus gentium* hereinfluteten. Mommsen I. S. 356. 363. 456. Voigt das *jus naturale* und *gentium* der Römer, II. S. 247. 596.

IV.

Socialer Nothstand der Plebs.

Zu § **102**] Die inneren Zustände der Röm. Bevölkerung anlangend, so war aus der vorhergehenden Periode in die neue jener sociale Conflict herübergekommen, welcher eine thatsächliche Folge der Servian. Verfassung war. Die Plebs, deren größter Theil nicht wohlhabend war, mußte doch Kriegsdienst leisten und alle Folgen der Kriege vollständig mittragen; durch die rücksichtslosen Unternehmungen des Tarquinius Superbus, dann durch die unglücklichen Kriege mit Etrurien nach Abschaffung des Königthums (Porsena) war der Nothstand zu einem an dem Mark der Bevölkerung zehrenden Schaden geworden. „Aber auch in den glücklich geführten Kriegen mit Sabinern und Latinern kam der gemeine Mann in seinem Wohlstand zurück (Liv. 2, 23. Dion. 6, 22). Wenn seine Ernte, während er im Felde stand, vom Feinde vernichtet, sein Vieh weggetrieben war, so hatte er weder zu leben, noch wovon er das Tributum entrichten sollte. Er mußte also baares Geld leihen; da er dann aber auch die hohen ganz von der Willkür der Darleiher (Tac. Annal. 6, 16) abhängigen Zinsen nicht bezahlen konnte, so häufte seine Schuld sich rasch, indem er leiden mußte, daß der Darleiher die Zinsen zum Capitale schlug, oder dazu gezwungen war, zur Abzahlung seiner früheren Schuld eine größere bei einem neuen Gläubiger zu contrahiren. So erklärt sich die tiefe Verschuldung der Plebejer." Diesem Nothstand war durch die erste Secession nur vorübergehend abgeholfen, und alle Ursachen desselben bestanden fort; die socialen Kämpfe mußten sich daher immer wieder erneuern, ja sie wuchsen an Dringlichkeit mit der Zunahme der unbegüterten Menge und mehrten die Verwicklungen durch ihre Verknüpfung mit den nebenherlaufenden politischen Anstrengungen der Plebs, welche jetzt zu einem politischen Körper erstarkt war (s. das folg. Kap.). Die mehrfachen Colonieabführungen reichten zur Befriedigung aller Darbenden nicht aus,

assignationes agri publici d. h. Privatzutheilungen aus den eroberten Ländereien, deren *possessiones* immer vornehmlich den Patriciern mit ihren Clienten und etwa noch den reichen Plebejern zu Gute kamen, wurden verlangt, von Spur. Cassius (486) in Aussicht gestellt, darauf hin durch zahlreiche *rogationes agrariae* von Neuem angeregt und zuerst mittels des Icilischen Plebiscits *de Aventino publicando* (456), aber auch nur in einem äußerst geringen Maße ausgeführt. Weder die Fixirung des Zinsenmaximums durch die XII Tafeln, noch die Uebernahme der Last des Kriegssoldes auf das *aerarium publicum* (d. h. auf die Abgaben der Possessoren des *ager publicus*) beschwichtigten mehr die mahnende Menge, und der Erfolg mehrer neuer Ackeranweisungen ward durch den schweren Vejenterkrieg und die Gallische Stadtplünderung bald vereitelt. Erst durch die zweite der Rogationen des Licinius und Sextius (*lex de modo agrorum:* 367 v. Chr.) *„ne quis plus quingenta jugera agri possideret“* (*Liv. 6, 35. Varro de R. R. 1, 2, 9*) ward den *Possessiones* und bez. neuen *Occupationes* der Reichen am *ager publicus* eine erfolgreiche und definitive Schranke gezogen, indem nun der von Zeit zu Zeit ermittelte Ueberschuß immer den armen Plebejern zufiel und so für die Befriedigung wiederkehrender Bedürfnisse gesorgt war. Seitdem hörten die agrarischen Rogationen der Volkstribunen auf, eine Rolle im Ständekampf zu spielen, nur die Zinsen- und Schuldhaftsgesetze mehrten sich seit der *lex Marcia de foenore* und der Ernennung der *quinqueviri mensarii* zur Schuldentilgung (352 v. Chr.) in auffallender Weise, bis endlich durch die *lex Poetelia* (327 v. Chr.) die Hauptquelle der Schuldbedrückungen verstopft, und seit der Censur des Appius Claudius (312 – 308) auch den unteren Schichten der Plebs ein politischer Einfluß und der Mitgenuß des Militärsoldes durch Aufnahme in die Legionen eingeräumt ward. Lange I. S. 507. 508. 521—7. 532. 570—7. II. S. 33—38. 57. 59—61. 93. Ihering Geist d. R. R. II. S. 242ff. 265. Uebrigens erhielt die ganze ständische Parteienbewegung, seitdem aus und neben dem beträchtlich reducirten Patriciat die Nobilität sich auszubilden angefangen hatte, einen wesentlich anderen Karakter. Die Bildung dieser Nobilität war durch jene Parteienbewegung längst vorbereitet, indem aus der Masse der Plebs frühzeitig eine Anzahl vornehmer Familien sich hervorthat, welche nicht hülfsbedürftig und daher social selbständig an den wirthschaftlichen Agitationen kein eignes Interesse hatten und seit der Terentilischen Rogation begannen, im Bewußtseyn ihrer Bedeutung für Staat und Heer nach einer politischen Rolle und Theilnahme am Regiment zu streben. Die Constellation der ausgebildeten Nobilität gehört der folgenden Periode an. Lange II. S. 4. 31.

XIV. Kapitel.

II. Politische Verfassung.

(Zu § 103-112)

I.

Die vier Hauptacte des Ständekampfs.

Zu § **103**] Es können — abgesehen von der ersten Entwicklung der Tribus seit der Einsetzung des Volkstribunats durch die *lex sacrata* v. J. 493 v. Chr. (261 d. St.)* — vier Phasen im Ständekampf der Patricier und Plebejer unterschieden werden. Mit der tiefeingreifenden Terentilischen Rogation begann das Vorrücken der Plebs; aus dieser Rogation ging 1) die Erhöhung der Tribunenzahl (457 v. Chr.), 2) die *lex Aternia Tarpeja* (454) und die *lex Terentilia Arsae* (451) hervor, an sie schlossen sich an 4) die *lex Valeria Horatia* (449), 5) die *lex Canuleja* und 6) die Vereinbarung des Consulartribunats (445). Die Plebs erlangte hierdurch 1) ein extensiv besseres *jus auxilii tribunicii,* 2) eine Limitirung der bis dahin zum *imperium consulare* gerechneten *multae dictio,* welche von nun an zugleich als Attribut der tribunicischen und ädilicischen *potestas* anerkannt ward; 3) eine die consularische Jurisdiction bindende schriftliche Gesetzgebung (Liv. 3, 9: *leges de imperio consulari scribendae*), welche ein gewisses Maß der Rechtssicherheit und insofern auch Rechtsgleichheit den Plebejern verschaffte; 4) eine Ausdehnung und neue Sicherung des tribunicischen Intercessionsrechts und des allgemeinen Provocationsrechts, sowie die wichtige Bestimmung, *ut, quod tributim plebs jussisset, populum teneret,* wodurch die Tributcomitien den Centuriatcomitien insofern zur Seite gestellt wurden, als auch sie legislative Competenz, nämlich in allen nicht direct das *Imperium consulare,* sondern nur das plebejische Standesinteresse berührenden Fragen erhielten; 5) das bisher rein patricische *jus conubii*, welches als Bürgschaft der Auspicienreinheit eine Vormauer des *jus honorum* war, und 6) die Anerkennung des neuen Consulartribunats als einer auch der Plebs zugänglichen Magistratur, indem dem Senat nur die alljährliche Entscheidung verblieb, ob Consuln oder Consulartribunen zu wählen seien. Schwegler III. S. 76 ff. Lange I. S. 529—557.

Dies ist der erste Hauptact im politischen Ständekampf; in ihm ist aber auch schon die Ueberwindung des Dualismus angebahnt. Wahrscheinlich betheiligten sich seitdem auch die Patricier und patricischen Clienten an den Tributcomitien (Lange I. S. 446. 551), denn nur, wenn diese Versammlungen nicht mehr einen Theil des Volks ausschlossen, konnten sie *comitia* heißen und Alle binden; es scheint aber, als ob hierdurch zugleich die Theilnahme der Plebs an den Curiatcomitien gefordert werde. Wenn dieselbe nicht schon, wie Mommsen

*) s. Cursus § 79.

will, seit Abschaffung des Königthums bestand, und wenn sie späterhin wirklich anerkannt war (s. Walter I. § 50. 69. Marquardt IV. S. 398), so empfiehlt sich, sie von obigen Neuerungen an zu datiren. Durch Eintritt in die Curien wurden die Plebejer zu Quiriten (*curiales*) im vollen Sinn, und das in den XII Tafeln anerkannte Volksrecht erhielt nun richtiger Weise den Namen *jus Quiritium*. Die XII Taf. als Ausdruck des juristischen Compromisses bilden die Grundlage des *jus Quiritium*, in welchem die Sonderströmungen der patricischen Rechtssitten (*fas*, *lex*) und der plebejischen Rechtsnormen (*mos, jus*) zusammenflossen.

Durch Aufstellung der größeren Anzahl Consulartribunen und Abzweigung der Censur vom Consulat (443) war der Weg eröffnet, welcher späterhin zu dem imposanten Stufenbau des Röm. Aemtersystems führte. Entscheidend waren für dessen Aufrichtung die Rogationen der energischen Volkstribunen Licinius Stolo und Sextius Lateranus (377—367), mit welchen der 2. Hauptact des großen Ständekampfes vor sich ging. Nur die dritte dieser Rogationen war politischer Tendenz, und sie ward von den Führern der Plebs dieser gewissermaßen abgedrungen durch Verflechtung mit den anderen 2 den socialen Nothstand der unteren Schichten betreff. Rogationen. Sie lautete: *ne tribunorum militum comitia fierent consulumque uti alter ex plebe crearetur* (Liv. 6, 35; Gell. 17, 21), stellte also, unter Abschaffung des Consulartribunats, das Consulat als ständige Regierungsform wieder her und sicherte der Plebs die Theilnahme am vollen consularischen *Imperium* samt den consularischen Auspicien. Dieses Plebiscit ward von den Patriciern im Wege des Compromisses, wodurch zugleich die Prätur vom Consulat abgetrennt ward, anerkannt; das neue Amt war allerdings den Patriciern vorbehalten, wirkte aber als eine Schwächung des *Imperium* überhaupt. Die Patricier „hatten die mit der *lex Valeria de provocatione* begonnene Scheidung der militärischen und richterlichen Seite des *Imperium* vollzogen. Und da der Prätor doch im Range unter den Consuln stand, da er ein *minus imperium* hatte, so hatten sie zugleich bewirkt, daß die militärische Seite des *Imperium* zweifellos als das karakteristische Attribut der höchsten Staatsgewalt erscheinen mußte. Der monarchische Karakter innerhalb der Röm. Verfassung konnte sich von nun an nur noch im Kriege zeigen" (Lange I. S. 578). Durch eine vierte nachträgliche Rogation ward der Plebs der Zutritt zu dem auf 10 vermehrten Collegium der Sibyllinischen Sacralinspectoren erstritten. Auf diese Weise war die politische Gleichstellung der Plebejer mit den Patriciern entschieden; „mit der Wahl des ersten nichtpatricischen Consuls hörte der Geschlechtsadel thatsächlich und rechtlich auf, zu den politischen Institutionen Rom's zu zählen." Infolge jener Rogation wurde dann auch der Zutritt zur neu gegründeten curul. Aedilität (366), zur Dictatur (356), Censur (351), zu beiden Stellen des Consulats (342), endlich zur Prätur (337) durchgesetzt; durch diese Rogation aber war der Weg gebahnt zur Theilnahme an

den politisch einflußreichen Collegien der Augurn und Pontifices (*lex Ogulnia, 300*), wodurch die plebejischen Magistrate in der Führung des *Imperium* frei von patricischer Beeinflussung wurden. Mommsen I. S. 298—301. Lange I. S. 577—581.

Den 3. Hauptact bilden, außer der durch die Campanische Militärmeuterei (die von Manchen s. g. dritte *Secessio plebis*) veranlaßten *lex Valeria militaris*, wodurch das militärische *Imperium* Beschränkungen erfuhr, und einigen weiteren Bestimmungen, durch welche die *lex Licinia Sextia* theils erweitert, theils neu befestigt ward (342), die wichtigen *leges Publiliae Philonis* (339). Durch dieselben ward die Bedeutung der Tributcomitien wahrscheinlich insofern ausgedehnt, als ihnen in Verwaltungsangelegenheiten ein Veto gegen Senatsbeschlüsse eingeräumt ward (Hypothese Lange's über die problematische Fassung bei Liv. 8, 12: *ut plebiscita omnes Quirites tenerent*), 2) die Vorausertheilung der *patrum auctoritas* (s. oben Kap. VIII. Exc. III. sub III.) vor der Centurienabstimmung über Aenderungen des *Imperium* festgestellt und 3) der Plebs die eine Stelle der Censur unbedingt gesichert. Jene Auffassung des ersten Gesetzes empfiehlt sich deswegen, weil Publilius durch sein zweites Gesetz die Legislative der Centuriatcomitien über Verfassungsänderungen von den Fesseln der *patrum auctoritas* befreite, und er darum nicht beabsichtigen konnte, jene Legislative auf die Tributcomitien zu übertragen; wahrscheinlich hat das Gesetz vorgeschrieben, daß kein *Sctum* über Verwaltungsangelegenheiten *injussu populi* gültig sei, falls die Tribunen die Einholung des *jussus* verlangen würden, wogegen ein so durch Berufung der Tribunen vom Senat ans Volk zustandegekommenes Plebiscit, auch wenn es das *Sctum* aufhöbe, bindend für alle Quiriten, also auch für die Senatoren seyn solle, und sonach hat das Gesetz nicht schlechthin jedes Plebiscit für gültig auch ohne *Sctum* erklärt, sondern nur solche, durch welche ein *Sctum* verworfen wurde. Durch das zweite Gesetz wurden die Centuriatcomitien von den Curiatcomitien emancipirt, und gingen Recht und Pflicht, übereilte Verfassungsänderungen fern zu halten, von dem Organe des Patriciats (?) auf den Senat über, dessen *auctoritas* nun allein entschied, allein das kam den Centuriatcomitien nur wenig zu Gute, da sie infolge des ersten Publil. Gesetzes zu verfallen begannen. Lange II. S. 48. 538.

Den 4. Hauptact eröffnet die dritte (von Manchen s. g. vierte) Secession (*in Janiculum* i. J. 287), durch welche die *lex Hortensia* veranlaßt ward: *ut plebiscita universum populum tenerent* (Gai. 1, 3; andere Wendung bei *Plin. hist. nat.* 16, 10, 37 u. Gell. 15, 27, 4). Diese scheint die Kraft der Plebiscite dadurch gesteigert zu haben, daß sie das auf Herkommen beruhende Veto des Senats gegenüber den selbständigen oder positiven Plebisciten in Verwaltungsangelegenheiten aufhob und somit den Senat den Tributcomitien definitiv unterordnete, sowie daß sie auch für die etwa das *Imperium* berührenden Plebiscite Anticipation der *patrum auctoritas* vorschrieb. Mit jenem Artikel ergänzte sie die erste, mit dem anderen die zweite *lex Publilia Philonis*,

die mithin weder bloß wiederholt, noch aufgehoben wurde. Auf diese Weise störte allerdings die *lex Hortensia* das mit jener *lex Publilia* hergestellte Gleichgewicht auf Kosten des aristokratischen Verfassungselements (Polyb. 6, 16) und begründete grundsätzlich die absolute Demokratie. Durch ihren zweiten Artikel war festgestellt, daß (nicht bloß auf dem Gebiete des Privatrechts, wie schon seit der *lex Valeria Horatia,* sondern) auch auf dem Gebiete des Staatsrechts die Kraft der Tributcomitien ohne Vorbehalt die gleiche seyn sollte, wie die der Centuriatcomitien. Die Gleichstellung war immerhin nicht eine durchgehende, indem einerseits den Centuriatcomitien die *lex de bello indicendo* und *de potestate censoria* verblieb, und anderseits von den Tributcomitien auf dem Gebiete der übrigen Verwaltung eine Competenz geübt ward, welche von den Centuriatcomitien gar nie eigentlich in Anspruch genommen worden war. Aber wenn Gai. 1, 3 und Pompon. (*fr. 2. § 8. D. de O. J. 1, 2*) gerade von der *lex Hortensia* die Gleichstellung beider Comitien datiren, so ist das insofern nicht unrichtig, als seitdem die Centuriatcomitien ihr besonderes, in der *lex Publilia* noch reservirt gebliebenes Gebiet mit den Tributcomitien gemeinsam hatten. Hiermit stimmt, daß in einem dritten Artikel die *lex Hortensia,* um ein Gegengewicht gegen die unbedingte Anerkennung der Plebiscite in die Wagschale zu werfen, die Abhaltung der Tributcomitien durch Volkstribunen an den *nundinae* verbot, was schon von den Centuriatcomitien galt.

Endlich fällt in dieselbe Zeit eine *lex Maenia*, durch welche die Vorausertheilung der *patrum auctoritas* auch bei Magistratswahlen festgestellt ward; daß auch dieses Vorrecht der Patricier fiel, d. h. zur bedeutungslosen Form ward, kann als eine Consequenz der demokratischen *lex Hortensia* angenommen werden. Vergl. Lange II. S. 94—101. Walter I. § 65—67.

II.

Das militärische Bürgerthum Rom's.

Zu § **104**] Ein interessantes Gegenbild zu der Wechselwirkung, welche auf hellenischem Boden zwischen der Volksversammlung und dem Theater stattfand, bietet die Römische Doppelseite des politischen und militärischen *populus* (*exercitus*). K. W. Nitzsch schildert diese so: „Das stetige Ab- und Zufluthen militärischer Interessen in die Comitien, politischer in die Armee mußte jene und diese in dem glücklichen Tempo halten, das uns fast unbegreiflich scheint. Die Stabsofficiere wurden noch in den ersten Jahrzehnden nach dem hannibalischen Kriege alle durch die Comitien gewählt. Diese Regel, so sehr sie aller militärischen Raison zu widersprechen scheint, hat sich Jahrhunderte der schwersten Kriege hindurch behauptet. Die Wahl der Militärtribunen durch das Volk so lange und mit so glänzenden Resultaten drängt uns den Eindruck auf, daß der Geist der Comi-

tien wesentlich ein Soldatengeist war. Der *civis Romanus* ward in der Legion geschult in der Zucht der Gefahr und der militärischen Disciplin. Und während die Legion auf die Comitien wirkte, wirkten sie wieder auf jene zurück. Unter der eisernen Ruthe der Disciplin blieb der Legionar immer der souveräne Mann, dessen Stimme daheim eben deshalb von Gewicht war.“ Es ist wahr, daß vielleicht in nichts anderem die Genialität des Römerthums so glänzend hervortritt, doch blieb es nicht ohne Symptome einer abnormen Gestalt der Dinge (s. Lange II. S. 22. 34). Uebrigens wiederholt sich jene Rolle des militärischen Geistes im Gebiete der Magistratur: der Beruf des Römischen Staatsmanns ruhte vollständig auf dem Militärdienst, welcher unerläßliche Vorbedingung der Aemterbewerbung war (s. oben Excurse S. 45).

III.

System der Staatsämter in Rom.

Zu § **105**] In dieser Periode ist das Röm. System der Staatsämter geschaffen worden. Die Fruchtbarkeit des Organisationsgeistes, welche sich darin kund gibt, war nicht bloß durch die äußere Rücksicht patricischer Reservirung geboten, sondern zugleich in dem Bedürfniß fortschreitender Staatsentfaltung innerlich begründet. Es läßt sich hier mit den Worten Riehl's eine Parallele ziehen: „In den größeren Staaten vervielfältigte man die Zahl der Ministerien nach dem Grundsatz der Arbeitstheilung, und so gibt es jetzt Minister des Aeußeren u. s. w., während sonst der Fürst oft unter Beihülfe etwa eines Cabinetsdirectors oder Bureauchefs, sein eigner Minister war. Es ist das kein willkürlicher Aemter- oder Titelluxus, wenn sich die Zahl der Ministerstellen im größeren constitutionellen Staat vermehrt hat gegenüber dem absoluten Staat. Die vertiefte und geregelte Leitung des Staatsorganismus heischt mehr selbständig leitende Persönlichkeiten, und je schärfer die Ministerverantwortlichkeit gefaßt wird, um so weniger kann Ein Mann die Verwaltung für die verschiedensten Geschäftszweige so in Bausch und Bogen durchführen.“ Dabei ist die staatsrechtliche Eigenartigkeit und Tiefe des Römischen hohen Staatsamtes im Auge zu behalten (vergl. Ihering Geist des R. R. II. S. 40. 97. 272 ff.). Dasselbe behauptete den Comitien gegenüber immer die Initiative, so in der Gesetzgebung, wie bei den Wahlen. Ein Consul, (Dictator) leitete die Wahl der Consuln, Prätoren und Censoren (in Centuriatcomitien), ein Volkstribun die der Volkstribunen und Volksädilen (in Tributcomitien), ein Consul oder Prätor (*urbanus*) die der *magistratus minores* (gleichfalls in Tributcomitien). Die Befugniß des Wahlpräsidenten war zwar nicht mehr so souverän, wie die des ehemaligen *Interrex,* welcher nur Einen von ihm selbst bestimmten Namen zur Annahme oder Ablehnung vorlegte, aber doch immer noch so bedeutend, daß das Amt nicht den Karakter eines bloß abgeleiteten und schlechthin aus dem *jussus populi* fließenden, vielmehr eines selbstän-

digen Organs des souveränen Staatswillens (des *populus Romanus* im idealen Sinn, des *nomen Romanum:* s. Lange II. S. 389) trug. Der Wahlpräsident konnte einem Bewerber die auf ihn fallenden Stimmen entziehen (*nomen candidati non accipere, rationem ejus non habere*), und es war sein freier Wille, wenn er dem Wunsche der Comitien nachgab (Liv. 3, 21; 7, 22; 8, 15), auch konnte er nach der Wahl noch den eigentlichen Schlußact, die *renuntiatio*, versagen, und so vielleicht indirect eine (andere) Wahl durchsetzen, gegen welche der passive Widerstand des Volkes unwirksam blieb. Lange I. S. 596.

Im Staatsamt besitzt der Staatswille einen ihm untergeordneten und dienenden Filialwillen: die Röm. Magistrate sind gleichsam die publicistischen *filiifamilias reipublicae*. Im System der Magistratur gliedert und entfaltet sich also die Staatsgewalt, der Centralwille articulirt sich in besonderen Organen, und es erscheint demnach die Staatsgewalt theils als unmittelbare oder originale (König, Senat, Volk), theils als mittelbare oder derivative: letztere ist die Amtsgewalt; sie ist die in den berufenen Personen als deren Recht und Pflicht wirksam werdende und ihnen vom Souverän übertragene Staatsgewalt. Doch ist dabei zu bemerken, daß der Röm. hohen Magistratur immer ein Antheil an der Souveränetät selbst verblieb, aus der Erbschaft des Königthums, das den König zwar nicht schlechthin als Träger, aber doch als Antheilhaber der Souveränetät erscheinen ließ.

IV.

Der Römische Senat.

Zu § **109**] Nach der Ansicht Mommsen's, welcher Lange folgt, ist der Einfluß des Senats mehr und mehr gestiegen; der Senat habe sich immer entschiedener von der Beamtengewalt emancipirt und sei die Seele der Regierung geworden. Dies scheint mir aber nur mit wesentlichen Einschränkungen zugegeben werden zu können*, da die Tributcomitien ihre Competenz gerade auf Kosten des Senats mächtig erweiterten, und jetzt der Senat selbst immer mehr als Resultat und Centrum der Magistratur erschien. Nicht bloß dem Einflusse des Volkstribunats, welchem sogar das *jus cum patribus agendi* zugestanden werden mußte (Mommsen I. S. 316. Lange I. S. 700), sondern auch dem der Censur (vergl. Ihering Geist d. R. R. II. S. 51ff.) sah sich der Senat ausgesetzt. Den Censoren ward durch die *lex Ovinia* (um 350?) die bis dahin den Consuln zuständige *lectio Senatus* gegeben, welche ohne Verantwortlichkeit ausgeübt wurde, und außerdem ward ihnen von den Consuln und dem Senat die Aufsicht über das Staatsbudget und über die Ausführung der wichtigeren Staatsbauten überlassen, nur daß sie in Betreff derselben dem Senat und den Tributcomitien verantwortlich blieben (Lange I. S. 672). Infolge derselben *lex Ovinia*, durch welche überhaupt den curul. Magistraten ein Anrecht auf Sitz und

*) s. oben Excurse zu § 75—79. No. III sub IV.

Stimme im Senat gegeben ward (Lange II. S. 12. 313), gestaltete dieser sich mehr und mehr zu einem Organ und Mittelpunkt der regierenden Familien (*nobiles*) um, während er anderseits, da die Magistratswahlen selbst bei den Comitien waren, insoweit aus dem Volkswillen hervor sich zusammensetzte. Der Senat konnte seitdem kaum noch als originales Organ des Staatswillens gelten; er wurzelte jetzt nicht mehr in eigenen socialen Lebenskreisen, — wie das namentlich in der Königszeit der Fall gewesen, wo factisch die *gentes* die Senatoren stellten und die Senatorenstellen gleichsam erblich waren: Lange I. S. 339 — sondern in den politischen Gewalten der Comitien und der Magistratur, er war eine Versammlung gewesener Magistrate und deren Emporsteigen auf der Aemterstaffel zugleich ein Aufrücken im Senat; er war einmal ein verhältnißmäßig dauernder Niederschlag des wechselnden Beamtenpersonals und zugleich ein, der modernen Volksrepräsentation ähnliches, indirectes Product der Comitien (Mommsen I. S. 319. Lange II. S. 313. 317. 330. 333).

XV. Kapitel.

III. Rechtsquellen.

(Zu § 113-116)

I.

Der Karakter der XII Tafeln.

Zu § **113**] Der Typus der Rechtsbildung vor den XII Tafeln war der gewohnheitsrechtliche, die Decemviralgesetzgebung ward das Signal zur vollen Entfaltung der legislativen Triebkraft. Die XII Tafeln sollen in Erz (Elfenbein? Pomponius s. Niebuhr II. S. 355) gegraben, auf dem Forum aufgestellt und da (nach einer freilich sehr zweifelhaften Tradition) Jahrhunderte lang im officiellen Original zu lesen gewesen seyn. Sie wurden Rechtsquelle im vollsten Sinn des Wortes, insofern sie eine lebendige Urströmung von Rechtsideen enthielten, welche immerfort Neues hervortrieb — *„Ex his fluere coepit jus civile“ Pomponius fr. 2. § 6. D. de O. J. 1, 2.* — Zur allgemeinen Karakteristik ihres Inhalts gehören drei Züge: 1) sie hatten einen beträchtlichen Theil des alten Herkommens in sich aufgenommen, auch ältere Gesetze wiederholt (*fr. 2. § 24. D. de O. J. 1, 2;* Schwegler I. S. 26; III. S. 17; Eisenlohr die *provocatio ad populum* zur Z. d. Republ. II. 1858, S. 9; Sanio Varroniana bei Pomponius 1867, S. 95—101). 2) Sie enthielten mancherlei nach hellenischem Muster (3 Gesandte nach Hellas-Hermodorus aus Ephesus? *Cic. de republ. 4, 8; Liv. 3, 34—57; 9, 33; Gell. 20, 1; Tac. Annal. 3, 27*) formulirte, wenn auch nicht ohne Weiteres von da entlehnte (Dion. 10, 57) Satzungen: es ist das ein Punkt, wo wir uns wohl das reflectirte Rechtsbewußtseyn durchbrechend und den persönlichen Einfluß des App. Claudius Decemvir besonders bemerkbar denken müssen; *Gai.*

(*in fr. 13. D. fin. reg. 10, 1* und *fr. 4. D. de colleg. 47, 22*) nennt zwei Gesetze als den solonischen nachgebildet, Cicero (*de leg. 2, 23*) ein anderes solches. 3) Zugleich war dieser Gesetzgebungsact ein Compromiß zwischen Patriciern und Plebejern (*sub titulo aequandarum legum: Liv. 3, 67*) und in gewissen Punkten vielleicht eine Vermählung des *fas* und *jus*, wobei wir das *jus publicum* als durch die patricische, das *jus privatum* als durch die plebejische Anschauung vornehmlich bestimmt annehmen können. Es trat nun das freie und profane *jus* als allgemeines Volksrecht neben das *fas:* daher noch später die so häufige, z. B. bei Cicero, Livius, Sallust und Virgil wiederkehrende Verbindung von *jus ac fas, jus fasque.* Die nicht hinwegzuläugnende Thatsache, daß Rom sich nach Hellas wegen juristischer Erfahrungen und Vorbilder wendete, beweist klar genug, daß es sich bei dieser Gesetzgebung nicht um bloße Aufzeichnung von Gewohnheiten und nicht um bloße politische Schranken des Consulats und der *lex de imperio* zu Gunsten der Plebejer, sondern daß es sich wesentlich auch um allgemeine Regelungen, Compromisse und Neuschöpfungen handelte. Jedenfalls galt es jetzt, den Plebejern auch die religiösen Rechtsacte zugänglich zu machen und neutrale Formen dafür zu suchen, die in dem fortgeschrittenen Hellas wohl gefunden werden konnten.

II.

Der Inhalt der XII Tafeln

hat schon bei den Römern zahlreiche Commentatoren (S. Aelius Catus, L. Acilius, Valerius Messala, Ant. Labeo, S. Sulpicius Rufus, Gaius) gefunden, und fast eben so zahlreich sind die Restitutionsversuche der neueren Rechtsgelehrten seit dem 16. Jahrh. Vergl. Schöll p. 20—39; Dirksen (Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der 12 Tafel-Fragen. 1824) S. 23 ff. Leider sind die Blätter, welche den Bericht des Dionysius (im 11. Buch) über die Eigenthümlichkeit dieser Gesetzgebung enthielten, verloren gegangen. Nicht bloß der Wortlaut vieler überlieferter Bruchstücke, sondern auch ihr Platz in der einen oder anderen Tafel ist Gegenstand manchen Streites. „Nur von sehr wenigen Gesetzen wird ausdrücklich überliefert, in welcher der XII Taff. sie gestanden haben. Wir erfahren nur soviel, daß die Vorschriften über die *in jus vocatio* in der 1. Taf. verzeichnet waren (*Cic. de leg. 2, 4*); die Gründe einer statthaften Verlängerung anberaumter Proceßfristen in der 2. Taf. (*Fest. s. v. Reus*); die Festsetzungen über die Ausdehnung der väterlichen Gewalt in der 4. Taf. (Dionys. 2, 27); die Gesetze über die Einrichtung und das Ceremoniell der Leichenbegängnisse in der 10. Taf. (*Cic. de leg. 2, 25*); das Verbot des *conubium* zwischen Patr. und Pleb. in einer der beiden letzten Taff. (*Cic. de rep. 2, 37; Dion. 10, 60*). Dürfte man nun annehmen, daß die Decemvirn in der Eintheilung ihrer Tafeln, wenn auch, wie natürlich, kein strenges wissenschaftliches System, so doch eine gewisse äußerliche Ordnung befolgt, in jeder Ta-

fel nur eine und dieselbe Materie abgehandelt haben, so wäre aus den angeführten Citaten zu folgern, daß in der 1. u. 2. Taf. der Civilproceß, in der 4. die väterliche Gewalt, also das Familienrecht, in der 10. das Sacralrecht, soweit es in die Polizeigesetzgebung eingriff, abgehandelt war. Ein weiteres Hülfsmittel bietet Gaius Commentar zum Zwölftafelgesetz. Gaius hat die XII Taf. in 6 Büchern commentirt, folglich, nach allem Vermuthen, je 2 Taf. in Einem Buch. Man darf hieraus den Schluß ziehen, daß diejenigen Rechtsmaterien, die in Gaius erstem Buche abgehandelt waren, den Inhalt der 1. u. 2. Taf. gebildet haben und so fort. Dirksen (S. 15. 108ff.) hat hieran noch die weitere Annahme geknüpft, jenes Verfahren des Gaius habe darin seinen Grund, daß allemal zwischen 2 Taf. ein systematischer Zusammenhang stattgefunden, je ein Tafelpaar ein relatives Ganze gebildet habe. Man hat ferner auf die Uebereinstimmung aufmerksam gemacht, die zwischen der Ordnung der XII Tafeln und der Ordnung des Prätor. Edicts, weiterhin auch der Ordnung der Pandekten stattgefunden zu haben scheint. Auf diese Anhaltspunkte gestützt haben Jac. Gothofredus (*Fragmenta XII tabb. restituta,* Heidelb. 1616, verbessert in desselben *Fontes IV juris civilis,* Genev. 1653) und Dirksen das Zwölftafelgesetz wieder herzustellen und jedem Bruchstück einen bestimmten Ort in einer bestimmten Tafel anzuweisen gesucht.“ Schwegler III. S. 29. Wie viel uns quantitativ an wörtlichen oder annähernd wörtlichen Theilen auf diese Weise bewahrt ist, ob etwa der zehnte Theil, mehr oder weniger, vorliegt, ist schwer zu sagen. Es darf wohl angenommen werden, daß der größere Theil dessen, was der Kaiserzeit von den XII Tafeln wichtig erschien, gerettet ist; wer aber will sagen, ob dies auch der größere Theil dessen sei, was in der Zeit der XII Tafeln selbst durch Wichtigkeit hervorragte?

Zusammenstellungen der bekannten Fragmente s. bei Bruns *Fontes juris Romani antiqui* (Tub. 1860), p. 1—15; Schöll, p. 115—164, in deutscher Uebersetzung bei Esmarch Röm. Rechtsgesch. S. 46—52. Bemerkungen über den culturgeschichtlichen Geist der Decemviralgesetze s. bei Schwegler III. S. 31—42; Ihering II. S. 64—73. 151—163. Mommsen I. S. 285. 436.

Zu den hervorragenden Sätzen der XII Tafeln gehören folgende*: 1) *Morbus sonticus .. aut status dies cum hoste .. si quid horum fuat unum judici arbitrove reove eo die, diffensus esto* (*tab. II.*), d. h. ernstliche Krankheit oder ein inzwischen angesetzter Termin mit einem Fremden (ein Gastgericht, welches mit Rücksicht auf den oft kurzen Aufenthalt der Fremden begünstigt war) sind Entschuldigungsgründe im Fall der Terminversäumniß in Civilprocessen. *Fest. v. Status dies; Plaut. Curculio 1, 1, 5.* Rudorff Röm. R. G. II. § 96; v. Bethmann-

*) Ueber die den Civilproceß betreffenden wichtigen Sätze der ersten Tafel, welche mit den Worten „*Si in jus vocat*“ anhob, s. Cursus § 135. Ueber Executionsbestimmungen der dritten Tafel s. den Excurs III. zu § 123—130. a. E. Ueber Erwähnung der *arbitri* in den XII Taff. s. unten den Excurs II. zu § 123—130 z. A., und über Erwähnung der *usucapio* daselbst s. Cursus § 128.

Hollweg Röm. Civ.-Proc. I. S. 69. — 2) *Tertiis nundinis partis* (= *in partes?*) *secanto; si plus minusve secuerint, se* (= *sine*) *fraude esto* (*tab. III.*), d. h. nach Verlauf des Trinundinum soll es zur Theilung kommen, und wer sich zu viel oder zu wenig zutheilt, schuldlos seyn. Man streitet, ob mit dieser Bestimmung, welche den Fall des Concurses mehrerer Gläubiger betrifft, das *corpus* oder *aes* (s. *bona*) *debitoris* gemeint sei. Nach Göttling Römische Staatsverf. S. 324, Huschke Recht des *Nexum* S. 90 und Schwegler III. S. 39 soll das Gesetz bildlich zu verstehen seyn, als erlaube es den Gläubigern, die Gantmasse des Insolventen in Bausch und Bogen unter sich zu vertheilen; von den meisten dagegen wird der wörtliche Sinn (Genugthuung der Gläubiger durch Anspruch auf Zerfleischung des Gemeinschuldners, gegen welchen jeder Gläubiger einzeln das *jus necis* geltend machen kann) vorgezogen, so schon von Gell. 20, 1; Quintil. Inst. 3, 6, 84; Dio Cass. 17,8; Tertull. Apolog. 4, dann von Niebuhr II. S. 670; Grimm Deut. Rechtsalterth. S. 616; v. Savigny Verm. Schrift. II. S. 420; Walter Röm. Rechtsgesch. II. § 754; Puchta II. § 179. Anm. n; Mommsen I. S. 161; v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. I. S. 200; Em. Hoffmann i. d. Zeitschr. f. österreich. Gymnas. Wien 1866. S. 603; Ihering II, S. 161. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob dem Gläubiger eines einfachen Schuldners Recht über Tod und Leben gegeben war (Gell. 20, 1: *capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant*), aber es ist nicht gleichgültig, daß das *jus sectionis* in dem Falle gegeben ist, da der Insolvente von Mehrern zugleich Kapitale aufgenommen, d. h. wohl im Sinne damaliger Zeit, seine Gläubiger getäuscht und ihre Geneigtheit zum Helfen mißbraucht hat, denn Anleihe war damals persönliche Unterwerfung, die keine Concurrenz vertrug, und das Herumborgen bei Mehreren zugleich gewiß nicht (wie v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. I. S. 200 annimmt) der gewöhnliche Fall. Uebrigens ist der Geist solcher herber Sanctionen richtig zu verstehen: sie wollten nur die äußerste Linie markiren, ein Gewissensspruch für das Volk seyn und etwa den Leichtsinnigen oder Frechen warnend belehren, wessen er sich zu versehen hätte, wenn dem vollen Recht sein Lauf gelassen würde; sie gewährten in unserm Beispiel ein Privatrecht, das zugleich ein Strafrecht war, und einen Executionsmodus, der hauptsächlich auf den Fall böswilligen Bankerottes berechnet war. Man lernt solche Kraftsprache verstehen, wenn man sich in den germanischen Weisthümern umsieht, welche J. Grimm (Rechtsalterth. S. IX. X) den frischen Volksliedern vergleicht, und von denen er sagt: „Neu, beweglich und sich stets verjüngend in ihrer äußeren Gestalt enthalten sie lauter hergekommene alte Rechtsgebräuche, und darunter solche, die längst keine Anwendung mehr litten, die aber vom gemeinen Mann gläubig und in ehrfurchtsvoller Scheu vernommen wurden.“ Beispielsweise verhängt ein oft wiederkehrendes Weisthum über Baumfrevel die in der Volksphantasie offenbar feststehende und doch so grausame Strafe des Darmaustreibens, und eines

dieser Weisthümer beginnt also: „Wo der begriffen wird, der einen stehenden Baum schälet, dem wäre Gnade nützer denn Recht, und wenn man dem soll Recht thun, soll man ihn an seinem Nabel aufgraben und mit einem Hufnagel mit dem Darm an die Flecke anheften, da er hat angehoben zu schälen, und ihn so lange, bis er dasjenige bedeckt, das er geschält, um den Baum treiben, und sollte er keinen Darm mehr haben." Grimm, a. a. O., S. 519ff. Ausgeführt aber sind diese Strafen in geschichtlicher Zeit nicht mehr, auch Gell. 20, 1 bemerkt das ausdrücklich. Theilweise abweichend versteht Hoffmann a. a. O. jenes Sectionsrecht: indem er überhaupt dem Gläubiger das Strafrecht der Tödtung gibt, fügt er über die fragliche Satzung hinzu: „Sie soll den Gläubigern, die gemeinschaftlich das *judicatum* erwirkt haben, das Recht der Theilnahme an der Execution der Todesstrafe wahren, ohne sie dazu zu zwingen, so daß, wenn diese Strafe nur von einem Theil der Gläubiger, oder auch nur von einem allein vollzogen würde, diesem daraus kein Nachtheil gegenüber den anderen zur Vollstreckung des Urtheils berechtigten Mitgläubigern erwachsen solle. Daß für diesen Fall die Alternative *„trans Tiberim vendere"* wegfiel, ist sehr erklärlich, weil die Giltigkeit des Verkaufs hätte angefochten werden können, falls einer der Gläubiger einseitig denselben vorgenommen hätte." — 3) *Adversus hostem* (=*peregrinum*) *aeterna auctoritas esto* (*tab. III.*): gegenüber einem Ausländer soll ewige Gewähr gelten; *Cic. de off. 1, 12; fr. 234. D. de V. S.* Bestritten ist, ob dies bedeuten soll, daß der veräußernde Römer quiritarischer Eigenthümer, oder aber daß er gewähr- und vertretungspflichtig bleibe: ersteres nimmt Puchta II. § 239. Anm. d., letzteres Mommsen *Ad legem de scrib. et viator. et de auctoritate* (Kil. 1843) p. 18 sq. und Voigt *Jus naturale* der Römer II. S. 161 an. Vergl. dazu den Wortlaut der *lex Atinia: Quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto!* (Gell. 17, 7; Rudorff R. Gesch. I. § 29). — 4) *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* (*tab. IV.*): Ulp. 10, 1; Gai. 1, 132. Nach der gewöhnlichen Ansicht ist das einfache Einführung (s. Schwegler III. S. 34) oder Anerkennung der *emancipatio*, nach der Ansicht Anderer (s. Ihering II. S. 190) Verhinderung einer Veräußerung auf Lebenszeit, indem nach dreimaliger (immer nur auf ein *lustrum* wirkender) Ausübung des Veräußerungsrechts der Sohn der väterlichen Gewalt enthoben seyn sollte (als unbeabsichtigte Folge liebloser Rach- oder Geldsucht!). — 5) *Uti legassit super* [*familia*] *pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* (*tab. V*): *Ulp. fr. 11, 14; Gai. II. 224; Rhet. ad Herenn. 1, 13; fr. 53. pr.* u. *fr. 120. D. de V. S.; Schöll, p. 13. Not. 2., p. 127.* — 6) *Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.* (*tab. V*): *Ulp. fr. 26, 1; Coll. leg. Mos. 16, 4; Gaius 3, 9—17.* — 7) *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto* (*tab. V*): *Ulp. fr. 11, 3; Gai. 1, 155.* — 8) *Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus*

esto (*tab. VI*): *Cic. de orat. 1, 57; Fest. s. v. Nuncupata.* — 9) *Usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus* (*tab. VI*): *Cic. Top. 4; Gai. 2, 42;* bestritten ist hier, ob dies directe Einführung der *usucapio*, oder zunächst nur die Vorschrift einer 2- und 1jährigen Gewährspflicht für den Veräußernden (vergl. die *auctoritas actio* auf *duplum: Paul. S. R. 2, 17, 3*) sei. Vergl. neuerdings Burckhard, Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII. S. 79—131, welcher die Worte auf den bisherigen Besitzer bezieht und zunächst als Frist der Extinctivverjährung versteht. — 10) *Si qua nollet usu in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset* (*tab. VI*): *Gell. 3, 2; Gai. 1, 111.* — 11) *Usucapio finium intra quinque pedes ne sit* (*tab. VII*), d. h.: Zwischen den Grundstücken soll ein für allemal ein Grenzsaum von 5 Fuß bestehen, daher nicht der Vindication und Usucapion des einen oder anderen Nachbars unterliegen: s. Karlowa Beitr. z. Gesch. d. Röm. Civilproc. (1865), S. 160. Jener Zwischenraum stimmt mit dem anderen Satze der XII Tafeln (*tab. VII*): *ambitus parietis sit sestertius pes*, d. h. jedes Gebäude soll $2^1/_2$ Fuß freien Raum nach dem Nachbarhause zu haben. *Cic. de leg. 1, 21; Festus v. Ambitus; Varro de L. L. 5, 22.* — 12) *Am* (= *amb*) *segetes vias muniunto: eo ni sani lapides sunt, qua volet jumenta agito* d. h. beiderseits längs der Aecker sollen deren Besitzer die anstoßenden öffentlichen Wege im Stand halten: wenn da das Pflaster nicht gut ist, darf man beliebig über die Aecker treiben. *Fest. v. Amsegetes* und *Vias; Cic. pr. Caec. 19.* Huschke in d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XII. S. 393 u. Bergk das. XIV. S. 140. —

Auf das Strafrecht beziehen sich unter anderem folgende Sätze: 1) *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* (*tab. VIII*): Wer ein Glied bricht, dem soll, wenn es nicht zur Sühne kommt, Gleiches geschehen. *Fest. v. Talionis; Gell. 20, 1; Gai. 3, 223.* Vergl. Ihering Geist I. S. 137. (d. 2. Aufl.); Huschke Gaius. Beitr. z. Kritik. S. 119ff. — 2) *Si injuriam faxsit, viginti quinque aeris poenae sunto* (*tab. VIII*): *Gell. 20, 1; Gai. 3, 223; Coll. leg. Mos. 2, 5. § 5.* — 3) *Si nox* (= *noctu*) *furtum faxsit, si im* (= *eum*) *occisit, jure caesus esto* (*tab. VIII*): Ein nächtlicher Dieb kann ungestraft getödtet werden. *Gell. 8, 1; 11, 18; Coll. 7, 3. § 2.* — 4) *Si adorat* (= *agit*) *furto quod nec manifestum erit, duplione damnum decidito* (*tab. VIII*): Der nicht auf handhafter That ergriffene Dieb hat das Doppelte des Schadens zu ersetzen. *Gell. 11, 18; Gai. 3, 190; Fest. v. Nec.* — 5) *Si unciario foenore amplius exerceat, quadrupli poena esto* (*tab. VIII*): Wer mehr als ($8^1/_3$ Proc. für das 10-monatl. Jahr oder) 10 Proc. (für das 12monatl. Jahr) Zinsen nimmt, wird mit dem Vierfachen bestraft. *Tac. Ann. 6, 16; Cato de R. R. prf. 1.* — Vergl. überhaupt A. W. Zumpt d. Criminalrecht d. Röm. Republ. I. 1. S. 347ff. 371ff. — 6) *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto* (*tab. VIII*): *Servius ad Aen. 6, 609* (s. jedoch unt. S. 117 z. E.).

Der staatsrechtlichen Bestimmungen scheint das Gesetz verhältnißmäßig wenige aufgestellt zu haben, vielleicht deshalb, weil das

Wesentliche in der *lex curiata de imperio* enthalten war; sie befanden sich hauptsächlich auf den letzten vier Tafeln: von diesen betraf jedoch die zehnte speciell das *jus sepulchrorum* und die Todtentrauer, wozu u. A. die Bestimmung gehörte: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito*, sowie das Verbot der Usucapion eines *forum* (= *vestibulum sepulchri*) *bustumve*. *Cic. de leg. 2, 23. 24;* Schwegler III. S. 34. Die Einschärfung des Satzes: *conubia ne plebei cum patribus essent*, wird der 11. Tafel zugeschrieben. Von den staatsrechtlichen Sätzen sind folgende hervorzuheben: 1) *Sodalibus potestas esto, pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant* (*tab. VIII*): *Gai. in fr. 4. D. de coll. et sod.* (*47, 22*), ein nach dieser Stelle zu den hellenischen Lehnssätzen gehöriger Ausspruch, welchen Ihering II. S. 68. 151 mit den oben *sub No. 5* u. *8* angeführten Satzungen in Verbindung bringt und als einen Ausfluß des Röm. Princips der Autonomie bezeichnet. — 2) *Nexi mancipique cum populo Romano idem Forti Sanatisque supra infraque* (*Romam*) *jus esto* (*tab. I? tab. VI? tab. IX?*): Das Röm. Verkehrsrecht soll den treuen, sowie den alsbald zur Treue zurückgekehrten Bewohnern der Umlande Rom's gleicher Weise zustehen, *Fest. v. Sanates; Gell. 16, 10.* Diese Stelle gehört zu den schwierigsten und am meisten bestrittenen; obige Lesart (*fortus* oder *forctus* und *sanas*) ist die von Huschke aufgestellte. Scaliger, dem Ursinus und Ottfr. Müller folgten, ergänzte: *nexo solutoque forti sanatique idem jus esto; Jac. Gothofredus* (*Leges XII tabb. restitutae, 1616*) setzte: *nexo soluto* (dem aus der Schuldhaft befreiten) *forti etc.* und wieß der Satzung in *tab. IX* unter den staatsrechtlichen Bestimmungen ihren Platz an. Denselben Wortlaut adoptirte Dirksen (Text der XII Tafel-Fragm. 1824. S. 122. 164), aber sie auf die Sicherstellung der Rechte des *solutus* hinsichtlich der Proceßbürgschaft beziehend und demgemäß in *tab. I* hinter die Vorschrift über den *vindex* stellend. Schöll (p. 117), die Huschke'sche Lesart adoptirend, folgt Dirksen in der Placirung der Satzung. Vergl. Em. Hoffmann.(i. d. Zeitschr. f. österr. Gymnasien, Wien 1866, S. 548). Ebenso bestritten ist natürlich die Auslegung. Je nach der gewählten Ergänzung des fragmentarischen Wortlauts werden die *Forctes* und *Sanates* mit einer gewissen anderen Classe von Individuen als in gleicher Rechtslage befindlich zusammengestellt, oder ihnen ein bestimmt formulirtes einzelnes Recht zugesprochen: ersternfalls bezog sich die Satzung auf politische, andernfalls auf privatrechtliche Befugnisse. Sell (die Recuperatio S. 480ff.) huldigt der Ansicht, daß die *Fortes* u. *Sanates* Eigennamen benachbarter Völkerschaften gewesen, denen das Gesetz gleiches Mancipationsrecht, wie es die Römer hatten, gegeben habe; Göttling (Röm. Staatsverfass. S. 130) findet hier die Gleichstellung der Plebejer und Clienten; Huschke (Recht des Nexum, S. 245—255, und *Jurispr. Antejust.* p. 26) versteht unter jenen gewisse latinische Bundesgenossen und bez. Römische Colonien, die nur zum Theil tapfer und treu erfunden, zum Theil dagegen vom Abfall zurückgebracht und

geheilt worden sind, oberhalb und unterhalb Rom's (Dion. 3, 49; Polyb. 3, 22); Voigt (das *jus naturale* der Römer, IV. S. 266—285, dazu II. § 40—42) modificirt diese Ansicht dahin, daß, indem die Bestimmung sich nicht auf freie Völker, also auch nicht auf latinische Colonien habe beziehen können, nur an eine Anzahl unterworfner Ortschaften innerhalb des eigentlichen Territoriums Rom's, welche *dediticii* im völkerrechtlichen Sinne (ὑπήκοοι: Dion. 9, 5) waren und in den Jahren der Bedrängniß vor den XII Tafeln theilweise sich empört hatten, gedacht werden könne. Hiermit stimmt Mommsen I. S. 103 überein. Vergl. noch Niebuhr II. S. 373ff. u. Schwegler III. S. 5. II. S. 745. Anmerkung 3. — Der neueste Ausleger Em. Hoffmann (a. a. O. S. 552. 560. 564. 578) versteht unter *Sanates* (= *piati*) die auf Grund des völkerrechtlichen *jus exulandi* anerkannten in und um Rom lebenden Schutzverwandten *, und (mit Rücksicht auf eine Aeußerung des Paulus p. 102. 10. M. über Meierhöfe) unter *Forctes* die „Grundholden auf den Gütern der patricischen Geschlechter, die Clienten“, indem er dazu (auf S. 572) Folgendes bemerkt: „Falls es bedenklich erscheinen könnte, statt der sonst üblichen Bezeichnung *Clientes* den Namen *Forctes* eintreten zu sehen, so erinnern wir an andere auch im publicistischen Gebrauche übliche Doppeltitel, wie *Proci* statt *Patricii* in der Servianischen Classeneintheilung und in den Censorischen Tafeln, *Celeres* statt *Equites* u. a. m. Ohne Zweifel bestanden mancherlei Abstufungen in dem Unterthänigkeitsverhältniß der Clienten, je nachdem sie in der Stadt oder auf dem Lande wohnten, zu dem Hausstand des Patronus gehörten, Gewerbe betrieben oder das Land bauten, oder je nachdem die Hörigkeit schon durch Generationen hindurch sich fortgeerbt oder erst jüngst sich gebildet hatte, sei es indem bei neuen Erweiterungen des Röm. Gebiets und Occupation des „*ager captivus*“ seiten der Patricier die früheren Besitzer den neuen Herren sich zu eigen ergeben und von diesen ihr Gut ganz oder theilweise als Lehn zurückerhalten hatten, sei es, daß eingewanderte Fremde, denen kein mit ihrer Heimat bestehender Asyl- und Exilvertrag die persönliche Sicherheit verbürgte, sich in den Schutz eines Geschlechts begeben hatten. Sollten nun diese verschiedenen Arten von Unterthänigen durch einen gemeinsamen Ausdruck im Gesetze bezeichnet werden, so mochte eben deshalb das weiter reichende *Forctes* für *Clientes* gewählt worden seyn. Damit würde es sich dann immer noch vertragen, daß in einer anderen Gesetzesstelle, wo gerade der sacrale Schutz vor Willkür seiten des Patronus betont werden soll, der Schutzbefohlene mit *Cliens* bezeichnet wird: *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*. Es ist jedoch im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß dieser sacral- oder naturrechtliche Satz, der in ähnlicher Fassung auch in Sparta die Heloten schützte, eine Bestimmung der XII Tafeln gebildet haben sollte. Das Zeugniß des Servius (*ad Virgil. Aeneid. VI, 609*), der auch sonst ungenau über die XII Tafeln berichtet (s. Schöll a. a. O. p. 15. 49), kann gegenüber dem

*) s. Excurse S. 63 u. Cursus § 86.

Zeugniß anderer Schrifteller, die diesen Satz als eine Verordnung des Romulus (Dion. 2, 10) bezeichnen, nicht in Betracht kommen. Man meint, sie sei gleich anderen uralten Rechtssätzen von den Decemvirn in ihre Tafeln aufgenommen worden. Allein weder paßt eine auf Fluch lautende Strafbestimmung in die bürgerliche Gesetzgebung, noch konnte für diese überhaupt eine Veranlassung oder die Möglichkeit vorliegen, sich in das nur unter den Schutz der Götter, nicht des Staats, gestellte Verhältniß der Clienten zu den Patronen einzumischen." Auch in Betreff der vorausgehenden Bruchstücke stellt Hoffmann (S. 579—588) eine neue Ansicht auf, indem er den ganzen Passus so herstellt: *nexo mancipatoque ac forti sanatique supra infraque Romam idem juris esto*, und darunter versteht: der *nexus* und der *mancipatus* (d. h. der in Abhängigkeit gerathene und dadurch für die Dauer dieses Zustandes der öffentlichen Rechte verlustige *paterfamilias* und *filiusfamilias*) stehen in demselben Recht wie der Client und der Schutzverwandte (die damals noch ohne die *jura publica* Römischer Vollbürger waren); demgemäß müßte die Satzung unter den staatsrechtlichen Bestimmungen der IX. Tafel oder unter den Nachträgen in der XII. Tafel gestanden haben. „Nach altem Gewohnheitsrecht waren die insolventen, durch das Nexum obligirten Schuldner Knechte der Gläubiger geworden und an der Ausübung ihrer staatsbürgerlichen Rechte factisch gehindert. Die Decemviral-Gesetzgebung gab diesen thatsächlichen Verhältnissen einen Ausdruck, indem sie die Gleichstellung der Nectirten und der Mancipirten mit den Halbbürgern, den *Forcten* und *Sanaten*, aussprach. Die Forcten und Sanaten verschwanden, aber die Nectirten mit ihrem bereits präcisirten Rechte verblieben. Der Censor mußte sie aus den Listen des Bürgerheers streichen und in einem eigenen Verzeichnisse ihre Namen eintragen". — 3) *Privilegia ne irroganto* und 4) *De capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto.** Diese beiden auf Tafel IX befindlichen, von Cicero (*de leg. 3, 4. 19; pr. Sextio 30; de republ. 2, 36*) gewöhnlich zusammen genannten und als *leges praeclarae* hervorgehobenen Satzungen waren nicht neu, sondern im Grunde nur Wiederholungen des durch die *lex Valeria de provocatione* gewährten Rechts: sie sollten verhüten, daß Maßregeln gegen Privaten, welche das *caput* betrafen, anders als im Wege ordentlichen Criminalverfahrens vor den Centuriatcomitien, verhängt würden. Lange I. S. 540. II. S. 473. 496. 524. 527. Vergl. auch Schwegler III. S. 40—42. — 5) *Ab omni judicio poenaque provocari licet* (*tab. IX*): *Cic. de republ. 2, 31. 36*. Auch dieses Provocationsrecht gegen Capital- und Vermögenstrafen galt schon seit der *lex Valeria* und potenzirt seit der *lex Aternia Tarpeja:* Lange I. S. 540. — 6) *Quodcunque postremum populus jussit, id jus ratumque esto* (*tab. XII*): Liv. 7, 17; 9, 33. 34; ein Satz, welcher zunächst eine schon in der Praxis immer befolgte Regel auszudrücken schien, aber insbesondere wohl die Consuln an die Befolgung der künftigen Gesetze über das *imperium* binden wollte: Lange I. S. 540. 548. II. S. 516. 524.

*) s. unten zu § 131—150. Exc. I.

III.

Die Pontifices, ihre Stellung und Leistungen.

Zu § **114**] Die äußere Stellung der Pontifices anlangend, so denkt sich Ihering (I. S. 259. 263. in der 2. Aufl. S. 292ff. II. S. 418), im Anschluß an Puchta (Instit. I. § 41 z. E.) u. fortgerissen durch die in gewisser Hinsicht glückliche Parallele des mittelalterlichen *jus canonicum*, jene als Richter in allen wichtigen Streitfällen neben den aus den Privaten genommenen *judices*, die nur bei Taxationen und Auseinandersetzungen zugezogen worden wären. Allein diese Annahme verträgt sich schwerlich mit der sonstigen Rolle der Pontifices, welche im Allgemeinen eine gutachtliche und berathende war, und nur etwa in rein sacralen Fragen, z. B. über Grabstätten und Gelübde, die eigentliche Entscheidung selbst mit umfaßte (Rubino Röm. Verfass. I. S. 218. Lange I. S. 317). Gehen wir von der schon dieser Zeit angehörigen Spaltung des Verfahrens in *jus* und *judicium* aus, so haben wir die Thätigkeit der Pontifices nicht in letzterem, sondern in ersterem zu suchen; sie standen nicht an der Stelle der Richter, sondern zur Seite der Magistrate, ganz analog der Stellung der späteren s. g. *assessores* (*fr. 9. § 3. D. qu. met. c. 4, 2*). Sie wurden von den weltlichen Magistraten und vom Senat zu den feierlichen Staatsacten zugezogen (*adhibere pontifices*), um dabei mitzuwirken und für correcte Ausführung zu sorgen, und in Zweifelsfällen wurden sie um ihr Gutachten befragt (*consulere pontifices*, *referre ad* —); das gleiche Verhältniß muß zwischen Consul (bez. Prätor) und Pontifex in Processen stattgefunden haben; nur ein solcher Einfluß auf die formale Seite des Processes entsprach der Stellung der Pontifices, nicht aber ein Eingreifen in die sachliche Erledigung des Streites, und nicht dieses, sondern nur jenes kann durch die Worte des Pomponius (*fr. 2. § 6. D. de O. J.*): *privatis praeesse quoquo anno*, angedeutet seyn; höchstens das könnte noch in diesen Worten gefunden werden, daß die Pontifices zugleich als Consulenten dem Rath suchenden Volke zugänglich waren, sofern der Consulent immer ein gewisses Uebergewicht über seinen Clienten behaupten wird (Liv. 1, 20: *Numa omnia publica privataque sacra pontificis scitis subjecit, ut esset, quo consultum plebs veniret*). Unmöglich läßt sich annehmen, daß dieselben Personen, welche den Unkundigen Anweisung zur Formulirung der *legis actiones* ertheilten, zugleich die Richter in den Streitfällen waren. Was Pomp. von der Handhabung der *legis actiones* durch die Pontifices sagt, stimmt nur mit der Annahme, daß die Instruction, nicht die Entscheidung des Processes unter ihrem Einfluß stand; auch die *depositio sacramenti ad pontem** gehörte zur bloßen Proceßinstruction, und folglich dürfen wir uns die Pontifices nicht als den „Gerichtshof" oder Sitz der eigentlichen „Justitz" denken. Vergl. Mommsen I. S. 474; Marquardt Röm. Alt. IV. S. 243.

*) s. Cursus § 139.

Auch darin kann ich Ihering (II. S. 417. 422) nicht beistimmen, daß er die Pontifices Juristen und ihre Disciplin eine eigentliche Jurisprudenz nennt. Sie waren nicht Juristen, sondern Priester, und als solche standen sie dem Laien gegenüber; als Priester waren sie die Bewahrer und Bildner der traditionellen Ordnung, welche zunächst und principiell eine sacrale war, aber freilich in ihrem Schoße zugleich die Keime einer Rechtsdisciplin trug. Noch war in der Praxis dieser Periode das *fas* nicht so geschieden vom *jus*, daß von einer juristischen Disciplin im eigentlichen Sinn geredet werden kann: eine Disciplin und eine Methode besaßen allerdings die Pontifices, aber es ist ein Anachronismus, hier schon von einer Jurisprudenz und einem Juristenstand zu reden; sie waren Juristen nur in dem Sinn, wie die altägyptischen Priester auch Aerzte des Volks waren. Das Röm. Volk selbst nannte den Sempronius *σοφός*, den P. Atilius Sapiens (vergl. dazu Sanio Varroniana bei Pomponius, 1867. S. 148. 156), der Senat den Scipio Nasica Optimus (*Pomp. fr. 2. § 37. 38. D. de O. J.*), worin alle Andeutung specifischen Juristenthums fehlt. Unter diesem Gesichtspunkt würde man sich der von Ihering a. a. O. bekämpften Puchta'schen Ansicht, wenn auch nicht conformiren, so doch annähern.

Dagegen schildert Ihering trefflich, wie im Schoße des Priesterthums die politischen und juristischen Keime gepflegt wurden: hier trat eben die specifische Begabung des Röm. Volksthums hervor. Ihren Ausgangspunkt fand die geistige Arbeit der Pontifices im Kalenderwesen, welches eine religiöse Bedeutung für das gesammte Staatswesen hatte. Die Kenntniß der Zeitrechnungsweise war Vorbedingung für die Aufsicht über die *sacra*, denn die Pontifices mußten feststellen, *quibus diebus sacra fierent* (Liv. 1, 19): was bei der Beschaffenheit der Röm. Jahresrechnung eine eigenthümliche Sachkenntniß erforderte. Demgemäß hatten die Pontifices den Cyclus und die Einlegung der Schaltmonate zu beobachten, wonach zunächst die regelmäßigen Feste (*feriae stativae*) sich bestimmten, aber außerdem auch die wandelbaren Feste, welche theils ordentliche (*conceptivae*), theils außerordentliche (*imperativae*) waren, anzukündigen; ferner lag ihnen die Ueberwachung der *dies fasti* und *nefasti* ob, indem die ältesten *feriae* meist ganz oder theilweise *dies nefasti* waren: nach dem System dieser *dies*, welches in seinem Hauptbestand auf Grund der Pontificaltradition um die Zeit der Decemvirn festgestellt worden zu seyn scheint, galt das magistratische *cum populo* und *lege agere* an gewissen Tagen für *nefas* (Liv. 1, 19; *Varro de L. L. 6, 29. 30*): es waren zwischen 50 und 60 Tage *nefasti* im engern Sinn, daneben eine Anzahl gemischter Tage (*dies fissi*), und früher etwa 237, später nur 43 *dies fasti* im vollen Sinn. Seit Veröffentlichung des Kalenders durch App. Claudius waren die 45 regelmäßigen Feste dem Volke ohne Beihülfe der Pontifices bekannt, durch Zulassung der Plebejer zum Pontificat (*lex Ogulnia*, 300 v. Chr.) ward den Patriciern überhaupt das Monopol entrissen, und mit Einführung des Formularprocesses schwand die practische Bedeutung des Kalen-

ders. Hartmann der *Ordo judiciorum* und die *Judicia extraord.* d. Römer (Gött. 1859), S. 10ff., Th. Mommsen, die Röm. Chronologie bis auf Cäsar (2. Aufl. Berl. 1859.) S. 30 u. 228. Lange I. S. 301—318. v. Bethmann-Hollweg, d. Röm. Civilproc. I. S. 75ff.

Während die Augurn durch das Auspicienwesen zu Sachkundigen des Staatsrechts wurden, erhielten die Pontifices durch jenen Zusammenhang des Kalenders mit den *legis actiones* eine Richtung auf das Privatrecht und den Civilproceß: ihr Einfluß mag sich namentlich im Ehe- und Erbrecht, wobei die Wahrung der *sacra privata* in Frage kam (*libri quatuor singulares!?* s. Leist, Vers. e. Gesch. d. Röm. Rechtssysteme 1850. S. 34. 59), und in der *legis actio sacramento* (Leist S. 7—19; Lange I. S. 317) geltend gemacht haben; aus *Cic. de orat. 1, 43* ist zu entnehmen, daß die Composition der processualen *legis actiones* in den *libri pontificum* enthalten war, und wir verstehen hiernach, was Pomponius meint, indem er angibt, daß aus der *interpretandi scientia* das *jus civile* im alten Sinn hervorgegangen, und durch die Pontifices die *legis actiones* componirt worden seien (*fr. 2. § 5. 6. D. de O. J.*).

Alle geistige Arbeit, wofern sie sich normal vollzieht, beginnt mit der Disposition des Werks, d. h. mit der formalen Entfaltung der Idee: darum bethätigten sich die Pontifices als die Schöpfer der juristischen Technik. Diese Technik war kräftig angelegt, gleichsam das Knochengerüste, bestimmt und fähig, künftig einmal die bedeutendsten Massen commercieller Lebensfülle auf sich und in sich auf zu nehmen; aber auch in strengster Disciplin des Denkens gehalten, denn nur im Metrum entsagungsbereiter Selbstbeschränkung konnte die Erhebung des schöpferischen Reichthums einen festen Ausgangspunkt gewinnen. Man hat diese Pontificalkunst nicht unrichtig verglichen mit der mittelalterlichen Scholastik, der Basis der modernen Philosophie; sie erzeugte ein historisches Gefüge, welches wirklich bewundernswürdig ist und das Bild herausfordert, daß die Pontifices als kluge und besonnene Bauleute die Brücke über den breiten Verkehrsstrom geschlagen oder die Bahn durch das Wirrsal des gewundenen Lebens geebnet haben (s. Lange I. S. 319). Sie besaßen nnd entwickelten die Kunst der Formelabfassung und legten den Grund zu der vorzüglichen Terminologie des Röm. Rechts (s. Arnold Cultur- und Rechtsleben; 1865. S. 303). Das erscheint zunächst als die sinnliche Außenseite des Rechtssystems, aber weil in den geschaffenen Kunstwörtern zugleich Rechtsideen, in den Wortinterpretationen zugleich Rechtsentwicklungen, in den Formulirungen zugleich Combinationen verborgen waren, so erbauten die Pontifices zugleich das innere Gerüste des Rechts und halfen den im Volksinstinkt webenden Rechtstrieben zum faßbaren Ausdruck. „Für alle Arten von Geschäften gab es in Rom bestimmte höchst sorgfältig ausgearbeitete Formulare (*actiones, leges rerum vendendarum* u. s. w., *Cic. de orat. 1, 57. 58; 3, 33*). Sowie irgend eine neue Art von Geschäften aufkam, ward für diese ein Formular ausgearbeitet, d. h. das Geschäft von vornherein in eine bestimmt geregelte Bahn gewiesen. Die Sammlungen

von Formularen waren die Vorläufer, Surrogate und Quellen des dispositiven Rechts." Die „handfeste Constitution" des Röm. Rechts, welcher dieses seine formale Handlichkeit und „Practicabilität" verdankt, rührt von der pontificalen Technik her, und diese war zunftmäßig bewahrte Weisheit. Der Masse war sie verschlossen: *jus civile repositum in penetralibus pontificum* (Liv. 9, 46). „Die alten Proceßformeln und ihr Gebrauch waren für den Laien ein eben solches Geheimniß, wie Logarithmentafeln für einen Bauern", und Cicero (*pr. Mur. 11*) sagt: *Posset lege agi necne, pauci quondam sciebant; fastos enim vulgo non habebant; erant in magna potentia, qui consulebantur: a quibus etiam dies, tanquam a Chaldaeis petebantur.* „So tief das Röm. Volk diese Absperrung und die damit verbundene Entfremdung des Rechts empfinden mochte, so war doch dieselbe für die technische Entwicklung des Rechts selbst von heilsamem Einfluß. Der Atmosphäre der Volksthümlichkeit bis zu einem gewissen Grad entrückt, hatte das Recht sich so zu sagen zurückgezogen an einen abgelegenen Ort, an dem es ungestört seine Schuljahre durchmachen konnte. Die Schule, in die es hier kam, war eine strenge; man merkt dem ältern Recht überall an, daß es nicht wild aufgewachsen ist, wie unser deutsches Recht, sondern daß es schon früh unter die Leitung eines fast pedantisch gestrengen, aber consequenten Zuchtmeisters gerathen ist. Aber gerade dieser Strenge verdankt das Röm. Recht im Wesentlichen jene Solidität und Festigkeit seines Fundaments, jene Einfachheit und Consequenz seiner ganzen Anlage." „Weil das Senkblei und Winkelmaß zur rechten Zeit ihre Schuldigkeit gethan, konnte man sie späterhin entbehren; der Uebergang von dem mathematisch Regelrechten zu freieren Formen ist eben so leicht, wie der entgegengesetzte schwer." Ihering II. S. 123. 313. 337—354. 429.

Die pontificale Interpretation, als zunftmäßige Thätigkeit subjectiv beschränkt, war um so freier in objectiver Hinsicht, indem sie nicht bloße Auslegung, sondern selbstständige Fortbildung war. In diesem Sinn ist es auch zu verstehen, wenn ich eine declarative, extensive und restrictive Richtung hier unterscheide. 1) Ein Beispiel der *declarativa* ist der so oft schon und zuletzt von Ihering (II. S. 483) verkannte Rechtssatz, wonach die *successio graduum et ordinum* im alten Civilrecht ausgeschlossen war: der von der Pontificalinterpretation festgehaltene Wortlaut (*proximus agnatus, si agnatus nec escit etc.*) gab nicht einen „Vorwand" ab, sondern enthielt in der That den Ausdruck der, der damaligen starren Rechtsüberzeugung völlig adäquaten Idee, daß der Moment des Todes über das Erbrecht der Person entscheide, und daß, gleichwie für die testamentarische Erbfolge noch keine Substitution galt, so auch in der (jener nachgebildeten) Intestaterbfolge keine eventuelle Berufung stattfinde.* Andere Interpretationen der XII Tafeln durch die *Veteres*, unter welchen hier vielleicht die Pontifices zu ver-

---

*) s. Cursus § 98 z. E.

stehen sind, erwähnt Paulus in *fr. 53. D. de V. S.* Ferner führt Gaius (2, 54) den Satz, daß *„olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur"*, auf die Interpretation des Wortlauts der XII Tafeln zurück, welche nur für Grundstücke ein *biennium* verlangten; die Hüter des Rechts faßten, zunächst im Interesse der *sacra*, die *hereditas* als eine *res* auf, aber als eine *incorporalis*, die nicht zu den *res soli* gehören konnte und darum in die Kategorie der *„ceterae res"* fallen mußte. 2) Ein Beispiel der *extensiva interpretatio* ist nach Gai. I, 165 die *legitima tutela* des Patrons, was Ulpian in *fr. 3. pr. D. de legit. tutor.* (26, 4) so ausdrückt: *Tutela legitima, quae patronis defertur, lege XII tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatium, quae ex ipsa lege patronis datae sunt.* 3) Für die *restrictiva interpr.* läßt sich Pomponius in *fr. 120. D. de V. S.* anführen, so wie aus späterer Zeit jenes Responsum des Scaevola: *in disputando adjiciebat, exheredationem „in cetera parte" non valere, exheredationes enim non essent adjuvandae* (*Paul. in fr. 19. D. de lib. inst. 28, 2*). Vergl. Liebe d. Stipulation S. 10ff. Ihering Geist d. R. R. II. (ed. 1.) S. 66—73. 486. 610. 622. Marquardt R. Alterth. IV. S. 234ff. u. Leist l. c. S. 18.

Vielleicht sind es auch die Pontifices, welche die ersten Grundlinien zur Theorie des *postliminium* gezogen haben, und wenn *Plin. hist. nat. 7, 60* die Bestimmung der XII Tafeln über Anfang und Ende des Gerichtstags anführend hinzufügt: *post aliquot annos adjectus est et meridies*, so scheint auch hier der Einfluß der Pontifices angedeutet zu seyn. Ihr Einfluß auf die Usucapionstheorie ist aus der Rolle, welche die *usucapio* in den XII Tafeln spielte, und aus *cit.* Gai. 2, 54 zu schließen, und die *nuncupatio* bei der *mancipatio*, wodurch der Vorbehalt von Servituten ermöglicht war, gab ihnen Anlaß, die Grundzüge einer Theorie der Servituten zu entwickeln, deren Spuren vielleicht noch in *fr. 86. D. de V. S.* (vergl. *fr. 126. 169. D. eod.*) wahrzunehmen sind.

XVI. Kapitel.

IV. Rechtsfähigkeit (persona).

(Zu § 117-122)

I.

Die Clienten.

Zu § **119**] Es scheint, daß die Clienten zuerst durch die XII Tafeln civilrechtliche Selbständigkeit (*commercium*) erhielten. Hiervon machte der Client des App. Claudius, M. Claudius in dem gegen die Virginia gerichteten Vindicationsprocesse einen Gebrauch, welcher zeigt, daß er ein neu errungenes Recht ohne Präcedenzfall auszuüben sich bewußt war (Dion. 11, 30). Nächstdem mögen die Clienten des Stimmrechts in den Tributcomitien durch die *lex Valeria Horatia* theilhaft geworden seyn, zunächst vielleicht im Interesse der Patricier, die aber von nun

an auch auf ihre Herrenrechte verzichten und den bisher als *peculium* geltenden Besitz der Clienten als deren volles Privateigenthum anerkennen mußten. Seit dem J. 449 v. Chr. verlautet nichts mehr davon, daß die Clienten seiten der Patrone zur Heerfolge wären entboten worden: woher geschlossen werden darf, daß sie nun auch in die Centurien der stimm- und legionsfähigen Bürgerschaft aufgenommen waren. Der erste (von Liv. 5, 32) berichtete Fall, daß Clienten ihre Bürgerpflicht über die Clientenpflicht setzten und in den Tributcomitien stimmten, hat im J. 391 v. Chr. (dem Camillus gegenüber) stattgefunden. Em. Hoffmann i. d. Zeitschr. f. österr. Gymnasien (Wien) 1866. S. 576.

II.

Die Aerarii und Caerites.

Zu § 120] Nach der zum Theil abweichenden Ansicht Em. Hoffmann's (l. c. S. 587) wäre zwischen Aerarii und Caerites zu unterscheiden: Aerarii sollen eigentlich nur die vorübergehend durch Suspendirung ihrer politischen Rechte herabgedrückten, nämlich die aus *nexum* Schuldknechte gewordenen Bürger (*obaerarii, obaerati*) und Caerites die Cäritischen Bürger, welche durch Uebersiedlung nach Rom die Civität ohne Stimmrecht erhielten, gewesen, und beide Classen nur insofern, als sie stimmrechtslose Halbbürger enthielten, später gemeinsam als *Caerites* oder *Aerarii* promiscue bezeichnet worden seyn: wobei aber festzuhalten sei, daß die eigentlichen Cäriten nur durch Volksbeschluß, die eigentlichen Aerarier mit Aufhebung der Schuldknechthaft von selbst zur vollen Civität gelangten; und erst nachher sei die Kategorie der Aerarier auf Fälle politischer Infamie durch die Censoren ausgedehnt worden.

XVII. Kapitel.

V. Privatsphäre (res).

(Zu § 123-131)

I.

Das *jus strictum* und die *arbitria*.

Zu § 130] Ihering (Geist d. R. R. II. S. 3. 4. d. 2. Aufl.) sagt vom Röm. Recht: „Es ist ein gewaltiges Gebäude, das wir vor uns haben; wir wissen, daß es zu zwei verschiedenen Zeiten aufgeführt wurde, und es kommt darauf an, den ursprünglichen Bau — die feste Burg des *jus strictum* — unter dem modernen Ueberbau herauszufinden. Ist auch mancher Theil desselben völlig verändert, niedergerissen, in Trümmer zerfallen: überall ragt doch noch das unverwüstliche Mauerwerk der alten Zeit hervor und macht es uns möglich, den Baustyl und den Plan des ursprünglichen Baus zu erkennen. Eine feste

Burg haben wir das alte Recht genannt, und dieser Vergleich mag geeignet seyn, den Eindruck zu bezeichnen, den es hervorruft. Eckig und steif, eng und niedrig wie in den Burgen des Mittelalters erscheinen uns die Räume, die wir dort antreffen, aber um so fester und dauerhafter ist das Mauerwerk; was an Bequemlichkeit abging, ersetzte die Sicherheit. Und wie in jenen Burgen umfängt uns hier der Geist einer achtunggebietenden Vergangenheit, die Erinnerung eines kernigen Geschlechts, wilder, gewaltiger Kraft; die Geschichte selbst wird uns hier erst recht lebendig und verständlich. Der allmähliche Ausbau jenes Systems, das Vordringen desselben bis zu seinen äußersten Consequenzen hat sich über mehrere Jahrhunderte hingezogen, und manche dieser Consequenzen mögen erst in der folgenden Periode ins Bewußtseyn getreten seyn, wie umgekehrt die Vorboten und Anfänge des folgenden Systems schon in diese Periode fallen."

Angesichts des im Cursus entworfenen Verkehrsbildes darf nicht unerwähnt bleiben, daß nach der bisher üblichen Vorstellung schon im ältesten Recht Rom's neben dem System des *jus strictum ac solenne* die Bahn freier Vertragsweisen herging und die *bona fides* in judiciellen Betracht kam (vergl. hierzu Demelius in Rudorff's Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 178. 179). Diese Vorstellung trifft neben die Wahrheit.* Für manche Fälle von Grenz- und Besitzverwirrungen, sowie Rechtsgemeinschaften, in denen es sich nicht um Entscheidung eines eigentlichen Streites d. h. Wettkampfes rechtlicher Behauptungen, sondern vielmehr um gütliche Auseinandersetzung durch unparteiische Sachverständige handelte,** mochte allerdings schon frühzeitig ein freieres, einfacheres Verfahren gewährt worden seyn: solche Fälle kommen auch in einfachen Verkehrsverhältnissen vor und verlangen eine naturgemäße Erledigung; wir wissen in der That, daß schon vom Decemviralgesetz einigen Fällen dieser Art vorgesehen war; vielleicht gehört es zu den Verdiensten der Decemvirn, die Idee des *arbitrium* in das Recht Rom's eingeführt zu haben; für diese Annahme könnte die mit den XII Tafeln fast gleichzeitige *lex Pinaria* angeführt werden, durch welche für gewisse Schuldklagen, überhaupt zuerst für eigentliche Rechtsstreite, die Bestellung von Einzelrichtern eingeführt wurde. Auch die *arbitri* waren Einzelrichter. Tab. VII sagte: *Si jurgant de finibus*, *tres arbitri fines regant* (s. Bekker in der Heidelb. krit. Zeitschr. f. Rechtswiss. I. S. 449 u. Karlowa Beitr. z. Gesch. d. Röm. Civilproc. S. 152); *tab. V*: *Erctum citumque* (*i. e. actio familiae erciscundae*) *fiat inter consortes; tab. VII: Si aqua pluvia nocet, jubetur ab arbitro coërceri* (s. Hesse d. Rechtsverhältn. zw. Grundstücksnachbarn 1859. S. 191—194); *tab. XII: Si vindiciam falsam tulit, litis et vindiciarum praetor arbitros tres dato* (s. v. Keller d. Röm. Civilproc. § 7. 17). Unter denselben Gesichtspunkt würde z. B. der Fall der Urbanservitut in *fr. 11. § 1. D. de serv. pr. urb. 8, 2* gehören, der möglicher-

*) s. Cursus § 146. **) s. Cursus § 150.

weise gleichfalls schon in den XII Tafeln vorkam. Der Strafsatz über bestochene Richter in *tab. IX* und die Bestimmung über Unterbrechung des Proceßverfahrens durch Krankheit des Richters oder einer Partei in *tab. II* nennen neben dem *judex* den *arbiter*. Wir dürfen aber dieses Gebiet freien Ermessens nicht zu weit ausgespannt denken: es hatte in der Zeit karger Verkehrsökonomie und knapper Rechtspraxis gewiß sehr enge Schranken, und die anerkannten Fälle galten noch durchaus als Ausnahmen oder Einzelnheiten. Sie betrafen Verhältnisse, welche einer exacten juristischen Behandlung sich zu entziehen und daher gewissermaßen jenseits der Schwelle des *judicium*, nur im Vorhof des Rechts, zu liegen schienen, *Cic. Topic. c. 4; de republ. 4* nach Nonius 5, 34: *Si jurgant, benevolorum concertatio, non lis inimicorum, jurgium dicitur; Senec. fragm. ed. Rom. Niebuhr p. 100; Hygin 130, 1—3.* Wir dürfen daher nicht so weit gehen, schon in dieser Zeit *negotia bonae fidei*, z. B. *societas* und *mandatum*, mit einer dem späteren System des Röm. *jus gentium* entsprechenden Rechtsfolge anzunehmen. Es wäre der grellste Anachronismus, in die 2. Periode den Dualismus strenger und freier Verträge hineinzutragen, und würde eine solche Annahme nicht bloß unsere einheitliche Vorstellung von jener Periode im Allgemeinen beeinträchtigen (vergl. Ihering Geist des R. R. II. S. 547; Voigt, d. *jus naturale* und *gentium* d. Römer II. S. 540ff.), sondern speciell auch gegen die Rolle verstoßen, welche die *nuncupatio* sowohl, als die *usucapio* in den XII Tafeln spielen; denn es galt offenbar als etwas Besonderes, wenn Nebenbestimmungen als Anhängen und Exceptionsclauseln des *mancipium* oder *nexum* Wirksamkeit gewährt ward: aus diesem Rahmen herausgenommen konnten also solche Verabredungen nicht zu Recht bestehen; wenn ferner eine ächte Ehe im Fall der *annua perseveratio* anerkannt ward, so folgt, daß die Verbindung ohne solche Voraussetzung nicht zu Recht bestand, und wir müssen, eingedenk des consequenten Harmonismus naiver Zeiten, weiter schließen, daß, wo Consensualehen nicht zu Recht bestanden, auch Consensualverträge nicht galten. Die Consensual- (und formlosen Real-) Verträge gehören durchweg dem System des *jus gentium* an, welches im Ganzen der 2. Periode noch fremd blieb. Im System des *jus strictum* herrschte die Idee strengster Einseitigkeit: wie die alte Ehe als einseitiges Gewaltverhältniß organisirt war, so auch die alte *obligatio;* die Idee der Wechselseitigkeit ist eine spätere und künstlichere (Ihering Geist d. R. R. III. S. 190. 576). Noch zur Zeit der *lex Aquilia* (287?) kann das *mandatum* nicht als juristischer Typus anerkannt gewesen seyn, weil sonst das zweite Kapitel jenes Gesetzes vom treulosen *adstipulator* durch die *actio mandati* (*directa*) so gut wie überflüssig gemacht gewesen wäre; und vielleicht ließe sich die Frage anknüpfen, warum gegen die Vertragsuntreue des Publicanen M. Postumius Pyrgensis (i. J. 212) nicht mit der *actio emti* oder *locati conducti* vorgegangen wurde, wenn der Kauf- oder Verdingungsvertrag damals schon völlig ausgebildet war (s. Mommsen im Hermes I. 1866. S. 178. Anm. 2. zu Liv.

25, 3; dazu Demelius in Rudorff's Zeitschr. f. Rechtsgesch. II. S. 225). Natürlich kamen auch in dieser Zeit formlose *occupatio, traditio, conventio* im Krieg, auf Jagd und Reisen, im täglichen Markt- und Freundschaftsverkehr oft genug vor, allein ihre Wirkung war nicht die Intention des *ajo ex jure Quiritium meum esse* oder *dare facere mihi oportere* (vergl. Bekker in Rudorff's Zeitschr. III. S. 417; Danz, d. sacrale Schutz S. 104); die Aussicht auf bald erfolgende *usucapio*, deren auffallend kurze Frist dabei wohl zu merken ist, überhob mancher Besorgniß, und oft konnte die *rei vindicatio* oder eine Delictsklage die scheinbar vorhandene Lücke in der Praxis ausfüllen.

II.

Die *mancipatio*.

Zu § **127**] An der *mancipatio* und dem *nexum* ließe sich die Verkehrsgeschichte dieser Periode studiren, wenn die Geschichte jener zwei Grundformen genauer bekannt wäre. Einiges läßt sich aber vermuthen. Die *mancipatio* ist offenbar der Ausdruck des Kaufgeschäfts in ursprünglicher und natürlichster Einfachheit. Der Tausch ist ein Geschäft Zug um Zug: so entspricht es der Art und Weise der Naturalwirthschaft und des gebundenen, völlig sinnlichen Verkehrsgangs. Das Geld tritt auf und zeugt den Kauftypus: natürlich aber lehnt sich dieser zuerst noch an den Tausch an und erscheint nur Zug um Zug. Der kindliche Sinn dieser Zeit hat, indem er den Geschäftsorganismus der *mancipatio* schuf, seine Freude an sinnlicher, breiter Darstellung der Geldfunction im Zuwägen und Handhaben der Wage ausgedrückt. Die *mancipatio* kann also nicht, wie Ihering Geist d. R. R. II. S. 554 annimmt, an sich und von Haus aus ein Scheingeschäft gewesen seyn, vielmehr so gewiß der Wechsel (*cambium*) anfänglich ein reeller Austausch präsenter Geldsorten gewesen, so gewiß ist die *mancipatio* als reeller Kauf Zug um Zug geschaffen worden.

Das *nexum* bildet eine grundbegriffliche Einheit mit der *mancipatio*, aber schwerlich so, wie Ihering a. a. O. S. 567—570 (dazu Leist Mancipation S. 22) sich dieselbe denkt, sondern so, daß das *nexum* sich erst allmählich aus der *mancipatio* entband, indem das Recht des *mancipio accipiens*, wenn es ein Recht an freien und selbständigen Menschen war, mehr und mehr zur Idee einer *obligatio* sublimirt wurde (vergl. den folg. Excurs).

Wie haben wir uns aber die weitere Entwicklung der *mancipatio* zu denken? Gewiß so, daß sie dem Fortschritt der verkehrswirthschaftlichen Bedürfnisse entsprach: dieser kann uns den Weg der Rechtsgeschichte zeigen. Zwei Bedürfnisse müssen sich vorzüglich geltend machen, wenn der Verkehr sich mobilisirt: das Creditiren des Kaufpreises und das Generalisiren des Umsatzgeschäfts. 1) Der Verkehr, indem er vom Kauf Zug um Zug zum Creditkauf übergeht und so sich von der sinnlichen Unmittelbarkeit der *causa onerosa* losmacht,

fordert die Umgestaltung der *mancipatio* zur *imaginaria venditio* insofern, als ein *nummus unus praesens* das wirkliche *pretium futurum* vertreten muß. Es ist das der erste Schritt, in welchem die Kaufidee nicht aufgegeben, sondern nur die Preisleistung suspendirt, gestundet ist: der *nummus unus* ist noch Vertreter eines wirklich beabsichtigten Preises, und die *mancipatio* ist nur elastischer gemacht, nicht aber mit neuem Inhalt erfüllt und umgeschaffen. Es ist derselbe Schritt, welchen im Mittelalter der Wechsel (*cambium*) that, als die Creditirung der Valuta üblich und zugelassen wurde (s. mein Deutsches Wechselrecht. Lpz. 1862. S. 159. 176). 2) Es ist ein neuer Schritt, wenn vom Kaufpreis ganz abstrahirt wird: dieser muß als durch den erstgenannten vorbereitet angesehen werden, wie denn ein solcher Uebergang in der Geschichte des Wechsels nachweisbar ist, welcher zuletzt jede Valuta zuließ und ohne jede reelle Valuta galt, also ein imaginärer Wechsel, d. h. ein abstracter Obligirungsact wurde. Ebenso muß die *mancipatio,* indem der *nummus unus* auch ohne Vertretung eines reellen Preises zugelassen ward, sich zum völlig imaginären Kaufgeschäft erweitert, also generalisirt und zu einem abstracten Veräußerungsgeschäft gestaltet haben, wie es dem Gaius bekannt war. In dieser Abstraction konnte die Mancipation nun überall dienen, wo es um einfache Eigenthumsübertragung von *res mancipi* aus irgend welchem Grunde in feierlicher Form unter Privaten zu thun war; „*lex XII tabularum emtionis verbo omnem alienationem complexa videbatur*“ (*fr. 29. § 1. D. de statulib. 40, 7*): offenbar deutet hier Pomponius durch *videbatur* die Interpretation der Pontifices an, deren Einfluß bei dieser ganzen Entwicklung vornehmlich maßgebend gewesen seyn muß. Es liegt auf der Hand, daß gleichzeitig mit dieser Generalisirung der *mancipatio* die entsprechende Gestaltung des *nexum* zum abstracten Obligirungsact stattfand: nur läßt sich denken, daß diese Generalisirung des *nexum*, eines so streng bindenden Geschäfts, Bedenken wecken mußte, welche die Abschaffung der strengen Personalcaptur (durch die *lex Poetelia*) beschleunigen halfen.

Außerdem ist anzunehmen, daß auch rücksichtlich der anderen Seite des Kaufgeschäfts eine articulirende Mobilisirung stattfinden mußte, und vielleicht zeigte sich dieses Bedürfniß sogar früher, als die beiden eben beleuchteten: es scheint in der von den XII Tafeln anerkannten (eingeführten?) *nuncupatio* Ausdruck gefunden zu haben. Indem die *lex publica* dem Veräußerer oder Schuldner gestattete, in Betreff dessen, was er zu überliefern oder preiszugeben im Begriff war, eine Einschränkung, einen Abzug festzusetzen, erkannte es den so articulirten Willen als legalen an, und die *lex publica* individualisirte sich in private *leges contractus;* sicher haben wir in späteren *leges* und *exceptiones s. receptiones* (s. z. B. *fr. 39. 53. D. de act. emti 19, 1*) einen Rest der *nuncupatio* zu erkennen. Die Aufnahme solcher Negativen störte den Organismus des Geschäfts nicht (auch Besitzübergang auf den Erwerber war nicht wesentlich, der Veräußerer konnte *precario* im

Besitz bleiben); so konnte er sich namentlich Servituten vorbehalten. Beim *nexum* dürften analoge Vorbehalte vorgekommen seyn, z. B. die Ausnahme der Frau, Kinder und Enkel vom *rigor nexi,* auch Beschränkungen in der Ausübung der Personalcaptur gegen den *nexus* selbst, welcher sich etwa gewisse Vermögensverfügungen vorbehielt. Vielleicht gehören in diesen Zusammenhang auch die *bona recepticia* (Gell. 17, 6), welche etwa ursprünglich vom Gewalthaber der Braut für diese bei der *coemtio,* oder später bei freier Ehe von der Frau selbst reservirt wurden.

Daß die Aufnahme selbständiger positiver Momente in den Organismus der *mancipatio* und des *nexum* unstatthaft war, hat Ihering a. a. O., S. 557. III. S. 133 gewiß richtig gezeigt: derartige Häufungen verschiedenartiger Rechtseffecte widersprechen der alten Rechtsökonomie; solche positive Momente führten etwa zu selbständigen Rechtsbildungen neben der *mancipatio,* wie das *negotium fiduciae,** und fanden erst in der Technik der Consensualcontracte und auf dem Boden der *bona fides* Anerkennung als unmittelbare Vertragsanhänge (*adjectiones*); sie mögen zuerst im Wege der *stipulatio* Eingang gefunden haben; auf letztere deuten Ausdrücke wie *lex* (*rei suae*) *dicta, dictum et promissum,* d. h. Zusätze, durch welche der Veräußerer positive Verpflichtungen übernahm. Im Bereiche der Consensualcontracte (z. B. bei der *locatio: fr. 9. § 3., fr. 11. § 1. D. loc. 19, 2*) fanden dann diese neueren *leges contractus* ihre reichste Anwendung.

III.

Das *nexum*.

Zu § 127] Unter den Contracten des Zwölftafelrechts ist das *nexum* das interessanteste und räthselvollste. Es kann nur dann richtig verstanden werden, wenn es auf die breitere Grundlage des alten strengen rücksichtslosen autokratischen Hausrechts des *paterfamilias* gestellt und von dessen *jus vitae ac necis* nicht mit moderner Weichlichkeit principlos entfernt und abgetrennt wird; es darf aber daneben die wichtige Parallele, welche in dem *jus postliminii* liegt und den Zustand des *nexus* im Licht der *captivitas bellica,*** folglich unter dem Gesichtspunkte eines Schwebezustandes mit retrotractiver Kraft erscheinen läßt, nicht verkannt werden, und endlich ist als vornehmste Handhabe der civilistischen Construction die Anführung des Gaius zu betrachten, daß das *nexum* eine *emtio* (*imaginaria*) gewesen sei. Im *nexum* pulsirt die energische Uridee des souveränen Privatwillens, welcher innerhalb seines Gebiets keine Schranke duldet, auch gegenüber der Person des Schuldners, der seinem Nothhelfer sich verstrickt und durch Selbstübergabe in des Nothhelfers und nunmehrigen Gläubigers Gebiet botmäßig gemacht hat. Der Verkehr ist immer eine Art Rüstung und Kampf der

*) vergl. unten Excurse zu § 193—199. No. III (sub A).
**) s. unten Excurse zu § 132—150. No. IX.

Vermögensmächte: der Hülfsbedürftige unterliegt, der Wohlhabende siegt ob und legt nun Hand an den Schuldner, um die Zügel der Herrschaft über die abhängig gewordene Person zu ergreifen; wie will anders der Sieger im Verkehr sein Recht Anderen erweisen und sich selber sichern? Der kindlich derbe Rechtssinn fordert handgreifliche Bewährung des Rechts, und es war am wenigsten für Patricier gegenüber Plebejern Anlaß, die rauhe Oberfläche dieses Rechtsinstituts zu poliren. Die Stände standen sich lange genug wie zwei Heerlager gegenüber, auch ihr Verkehr hatte mehr vom *sagum,* als von der *toga,* und der innere Wettkampf der Kapitalien spiegelte den äußern Kampf Rom's mit den feindlichen Nachbarvölkern ab. So gestaltete sich das *Nexum* zu einer internen, friedlichen, civilen, urbanen *captivitas*: nicht vernichtet, aber suspendirt — nicht todt, aber schlummernd war das *caput* des *nexus,* er ward nicht Sclave, der nur durch wirkliche Freilassung frei und dadurch nur *libertinus* werden, sondern gleichsam Gefangener, welcher *jure postliminii*, also ohne eigentliche *manumissio* und mit retroactiver Kraft zur Selbständigkeit gelangen und wieder *sui juris*, als ob keine Unterbrechung stattgefunden hätte, werden konnte. Es war eine Anwendung der *in diem addictio* auf Personen, und der *nexus* gleichsam ein *in diem addictus.* In der freiwilligen Contrahirung einer Schuld lag eine Selbstübergabe entweder an die Gottheit (*sponsio*) oder an den Gläubiger selbst, und die einfachste Rechtsform für letzteren Act war die *venditio* (*per aes et libram*). Em. Hoffmann i. d. Zeitschr. f. österr. Gymnasien, Wien 1866, S. 581 meint, der Schuldherr habe nur ein Besitz- und Benutzungsrecht (über den *nexus*, dessen Kinder und Vermögen) erhalten, analog einem Pfandbesitz: indeß einen solchen gab es in der alten Zeit noch nicht, und er würde auch der Idee der *venditio* (*imaginaria*) widersprechen; allerdings war der *nexus* nur *servi loco,* und zwar in dem Sinne, daß er durch *liberatio per aes et libram* rehabilitirt werden konnte. Selbstverkauf in civile Gefangenschaft: das ist der nationale Rechtsgedanke, in welchem das Darlehn bei den Römern auftrat, und dieser Gedanke ist erst durch die *lex Poetelia* verdunkelt worden. Diese Verdunkelung ist aber zugleich eine Verklärung: die *lex Poetelia* ist der eigentliche Geburtsact der *Obligatio,* welche die schwerfällige Hülle des *jus in corpore* abstreifend sich nun entpuppt und ihr specifisches Wesen rein und frei entfaltet. Wenn behauptet werden darf, daß die *Obligatio* die eigenste und bedeutendste Gestalt in der Welt des Röm. Privatrechts sei, so hat jene *lex* Anspruch darauf, das interessanteste Einzelgesetz in der privatrechtlichen Entwicklung Rom's genannt zu werden. Die Erschütterungen, welche dieser Geburt vorausgingen, galten einer Evolution, welche nicht bloß socialistischer, sondern ganz wesentlich auch civilistischer Art war: ich möchte die *lex Poetelia* den Silberblick in der civilistischen Metallströmung dieser Periode nennen. Es ist ein Vorzug des Röm. Rechts vor den Rechten aller Culturvölker, das geistige Rechtsverhältniß der *Obligatio* so rein und so sicher festgestellt, so zart und zugleich prägnant gestaltet zu haben:

diese Gestaltung beginnt im Grunde mit der *lex Poetelia*, und schon in der Bestimmung der *lex Aquilia* (287?) über den *fraudulosus adstipulator*, wodurch neben die *fraus* über *aliena corpora* die *fraus* über *alienae obligationes* gestellt ward, und diese *lex* sich als ein allgemeines Schädengesetz in Betreff der anerkannten Arten der Vermögensobjecte karakterisirte (s. Huschke, Gaius, S. 109; Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. S. 100), treffen wir auf die Vorstellung, daß eine *Obligatio* Gegenstand der Veruntrauung wie andere Vermögensstücke seyn könne; mit solcher Energie hatte sich der Begriff einer Herrschaft über den Schuldnerwillen consolidirt. Wenn es aber je in Rom einen das gesammte Bereich der Privatrechtsherrschaft zusammenfassenden und unter sinnlicher Decke das gesammte Leben des zukünftigen Privatrechtssystems umschließenden Urbegriff der *Manus* gegeben hat,* so haben jedenfalls die *lex Poetelia* und *Aquilia* dieser *Manus* ein Ende gemacht und die *Obligatio* zu selbständigem und ebenbürtigem Rang neben die *proprietas* (*jus Quiritium*) und bez. *potestas*, von denen sie sich gleichermaßen unterscheidet, erhoben.

Nicht schlechthin durch den Begriff der *obligatio* (v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. I. S. 194) entscheidet sich, ob die Leistung von der Person ablöslich sei, sondern durch die Auffassung des Vermögens, welches entweder als Anhang und Theil der Person, oder als abgelöste ideelle Einheit aufgefaßt wird: jenes ist die altrömische, dieses die spätere Auffassung; erst und nur mit der Ablöslichkeit des Vermögens ist auch die Ablöslichkeit der Leistung, der *obligatio* gesetzt, dann freilich auch von selbst gesetzt. Die *obligatio,* welche an sich die Macht über einen Willen ist, gestaltet sich nunmehr practisch zur Macht über das Vermögensgebiet dieses Willens, und insofern kann die *obligatio* jetzt als ein Recht auf das Vermögen des Schuldners (das in Betracht dessen *aes alienum* ist) bezeichnet werden; mit der Zeitigung des Obligationsbegriffs war auch der Begriff des abstracten Vermögens (*bona juris intellectu*) fertig. Vergl. Köppen Syst. d. Röm. Erbrechts I. S. 246. In Rücksicht hierauf kann die Schöpfung der *Obligatio* auch eine Vorstufe der civilistischen *potestas* genannt werden; die Ausbildung dieser aber, welche die eminente Herrschaft über eine fremde (abhängige) Vermögenssphäre ist und mit Nothwendigkeit zum Begriff des *Peculium* hindrängt, gehört der folgenden Periode.

Wenn schon in den XII Tafeln (s. bes. *tab. VIII*) neben dem *jus talionis* in einer Anzahl von Fällen Geldstrafen verhängt und darauf Privatansprüche anerkannt wurden, so lag hierin noch nicht die reine *Obligatio,* denn der criminelle Gesichtspunkt war noch herrschend; erst allmählich mochte sich die Idee einer *obligatio ex delicto* aus der Sanction losschälen.

Wie viel oder wie wenig etwa die Pontifices beigetragen haben zum Ausbau dieser neuen Welt unkörperlicher Sub- und Objecte, läßt

*) s. oben Excurs zu § 87–92. S. 91.

sich heutzutage schwerlich mehr auch nur errathen. Aber es ist nicht unwichtig, festzuhalten, daß der Typus der *obligatio* aus dem Typus der *proprietas* (*in corpore*) hervorwuchs: nur aus dieser Genesis trug er die Sicherheit seiner civilistischen Contoure davon. Es ist dasselbe Princip, nach welchem die hellenische Kunst verfuhr, indem sie bei der Erfindung neuer Typen von vorhandenen ausging und diese je nach dem Karakter um- und fortbildete, z. B. aus den Grundformen des Zeus-Ideals dasjenige des Poseidon und dann nicht minder des Pluton entwickelte (s. Kekulé, Hebe, 1867. S. 60).

Wahrscheinlich hatten schon die XII Tafeln nicht bloß überhaupt eine Regelung, sondern eine Milderung des alten *jus manus injectionis* eingeführt, indem sie dem überführten Schuldner eine Monatsfrist (*velut quoddam justitium*) bewilligten, die Möglichkeit, die drohende *domum deductio* durch sofortige Stellung eines *vindex in jure* abzuwenden, eröffneten, und noch eine von da an laufende 2 monatliche Frist für etwaiges Abkommen, nebst 3 maliger Proclamirung an den *nundinae* behufs etwaiger Meldung eines freiwilligen *vindex* und zur Notiz für etwaige andere Gläubiger anordneten, bevor der Gläubiger zum Aeußersten seiner Executions-Befugniß schreiten durfte (*jus necandi, trans Tiberim vendendi*). Die von Gell. 20, 1 referirten Worte des Decemviralgesetzes (*tab. III*) lauten: „*Aeris confessi* [*rebusque jure*] *judicatis XXX dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto. In jus ducito. Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito. Vincito aut nervo aut compedibus. XV pondo ne minore* (oder nach Huschke *Nexum* S. 83: *majore;* s. dagegen Lange I. S. 155 u. Em. Hoffmann i. d. Zeitschr. f. d. österr. Gymn. Wien 1860. S. 606), *aut si volet majore* (*minore?*) *vincito. Si volet, suo vivito* (Selbstbeköstigung statthaft). *Ni suo vivit* [*qui eum vinctum habebit*] *libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato.*" Vergl. Huschke d. Recht des *nexum*. S. 83. 94; Lange Röm. Alterth. I. S. 180; Ihering Geist d. R. R. I. S. 136. Anm. 43 u. S. 152 (d. 2. Aufl.); Schöll *Legis XII tab. reliquiae* (*Lips. 1866*) *p. 122.* — Die *lex Poetelia* versagte dem Nexumgläubiger die Verhaftung und Heimführung des Schuldners überhaupt und milderte überdies die Privathaft, welche noch auf Grund wirklich gefällten Urtheils eintrat, indem sie die schwere dauernde Fesselung und körperliche Züchtigung des Haftschuldners verbot, den Gläubiger am Schluß des Verfahrens zur Entlassung jenes aus der Haft, wofern derselbe *bona* cedirte oder alsbaldige Zahlung eidlich angelobte, nöthigte und das Recht der Tödtung oder Veräußerung in die Fremde ganz beseitigte. Infolge dieses Gesetzes galt als Object der Herrschaft des Gläubigers fortan nicht mehr *corpus*, sondern *bona debitoris*, und es ward dieses Gesetz in gewisser Hinsicht als eine Erlösung der Menge, als das *initium libertatis* der Plebs gepriesen, aber freilich damit auch ein mächtiger Hebel prompter Vertragserfüllung (*ingens vinculum fidei*) zerstört, und die endliche Antiquirung des *nexum* eingeleitet (*Cic. de rep. 2, 34*). Livius (8, 28) gibt diese Bestimmung des Gesetzes bez.

der 2 Capitel desselben (s. Huschke, Nexum, S. 132) in den Worten: *Ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur, — pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset.* Vergl. Lange Alterth. I. S. 153. 181. II. S. 61; v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. I. S. 164. 200.

In dem strengen *Nexum* hatte der Gläubiger eine ungemeine Sicherheit besessen, denn in dem Recht über die Person war ihm zugleich, insoweit nicht Reservationen nuncupirt worden, eine Macht über Alles, was dem Schuldner gehörte und anhing, mithin eine indirecte Realexecution gewährleistet, und die einfache Personalcaptur schon war ein in vielen Fällen rasch zum Ziele führendes Mittel. Dieses Mittel aber wurde durch die *lex Poetelia* so sehr abgeschwächt, daß nun gewiß ein Bedürfniß nach Surrogaten eintrat: es ist mir wahrscheinlich, daß seitdem theils das *negotium fiduciae* bei der Mancipation (die doch neben dem *Nexum* in Bezug auf einzelne Sachen des Schuldners nicht wohl gedacht werden kann), theils das Verbürgungsgeschäft besonders ausgebildet wurde, und die freiere *fidejussio*, welche auch für andere als Verbalobligationen zugelassen ward, in Gebrauch kam; jedenfalls weisen uns die *lex Publilia* und *Furia de sponsu* mit ihrem dem *Nexum* nachgebildeten Executivproceß* auf dieses zurück.

Schon die alten *leges Appuleja* (*390?*), *Publilia* (*384?*), *Furia*** (*345?*), *Valeria* (*342?*) hatten offenbar den Zweck verfolgt, die Uebernahme von Bürgschaften zu erleichtern und zu begünstigen, sie betrafen aber nur die *sponsio* und *fidepromissio* (vergl. dazu Huschke Gaius. Beitr. z. Kritik. 1855. S. 74. 83). Die eigentliche Pfandidee war noch nicht zu Tage getreten, in der *fiducia* nur vorbereitet, und überhaupt der Römer mehr dem Personal- als dem Realcredit zugeneigt. Daher dürfte sich wohl die Vermuthung empfehlen, daß nunmehr die Intercessionsidee in der *fidejussio* entwickelt wurde. Zuerst in ihr trat die Intercessionsidee, welche in der alten *sponsio* und *fidepromissio* noch mehr oder weniger latent gewesen, völlig hervor, und die Anwendung der *expensilatio* auf Schuldübernahme (*transscriptio a persona in personam*) würde, wenn es richtig ist, sie als eine privative Intercession zu verstehen, eine zweckmäßige Ergänzung gebildet haben. Die eine diente *inter praesentes*, die andere *inter absentes*, jene stellte den Intercedenten neben den Hauptschuldner, diese an dessen Statt. Die *stipulatio* und die *expensilatio* gehörten dem System des *strictum jus* an, aber sie wurden gleichsam Nachbarn des *jus gentium* und ragten dann selbst in diese neue Region herein. Gaius (3, 93. 133) berichtet uns, daß nur die alte Sponsionsform der *stipulatio* und die *transscriptio a persona in personam* später für *juris mere civilis* geachtet wurden: die anderen Formen und Anwendungen wurden (später) zum *jus gentium* gerechnet und sind daher wohl verhältnißmäßig neuen Datums. — Vergl. übrigens über die *transscriptio in alios* die merkwürdige Stelle bei Liv. 35, 7 („*in socios . . . nomina transscriberent*“).

*) s. Cursus § 144. **) vergl. unten Excurse zu § 132—150. No. XI.

IV.

Die *stipulatio* und *expensilatio.*

Zu § **130**] Neuerdings sind von Voigt (das *jus naturale* und *gentium* der Röm. II. S. 228ff. 357ff. 369. 492) mancherlei Beweisgründe zusammengestellt worden, um wahrscheinlich zu machen, daß die Genesis der *stipulatio* und *expensilatio* im Zusammenhang mit der politischen Erweiterung der Röm. Herrschaft über Unteritalien gestanden hat. Rom näherte sich in der 2. Hälfte unserer Periode dem hellenistischen Unteritalien und knüpfte daselbst dauernde Verkehrsbeziehungen; App. Claudius Caecus schuf die große Verkehrsader zwischen Rom und Capua (s. Lange Alterth. I. S. 756). Der Eintritt aber der süditalischen Bevölkerung in den Umkreis des Röm. Staatslebens war ein Vorspiel des späteren Eintritts der großen Peregrinenmassen der Mittelmeerwelt in das Röm. Weltreich, und die Schöpfung provinzähnlicher Bezirke innerhalb Italiens die staatsrechtliche Vorstufe zu dem ausgebildeten Provinzialsystem der folgenden Periode: ganz adäquat diesem Entwicklungsgange nun war die Ausbildung der *stipulatio* und *expensilatio*, welche gleichsam mit ihrem Stamme noch dem nationalen *jus strictum* angehörend doch ihre jüngeren Zweige in der Region des *jus gentium* trieben. Der rege und gesicherte Verkehr mit Capua, Cumae und anderen campanisch-hellenischen Handelsstädten mußte ja mächtig auf die Rechtsanschauung der Römer wirken, das beginnende Zusammenfluten der Kapitalien und der Händler in Rom die starre Masse des Röm. Rechts in Fluß bringen, und wir können denken, daß die Einführung des vom Prätor L. Furius auf Anordnung des Senats für Capua entworfenen Stadtrechts und die Einsetzung der *Praefecti pro praetore juri dicundo* in den 10 campan. Städten (nach 338 v. Chr.) den Römern selbst manchen neuen Impuls gaben. Schrittweise mit der Ausdehnung des politischen Reichs erweiterte sich auch der civilistische Horizont der Römer. Vergl. Lange Alterth. I. S. 755—7; II. S. 58. Voigt a. a. O. II. S. 233 nimmt ein Einwandern der *Stipulatio* aus *Latium* an und setzt diese Reception in die Zeit von 443—389 v. Chr., während dem *Latium* in enger und treuer Verbindung mit Rom stand; speciell findet er in der *condictio ex lege Silia* und *Calpurnia* die Gestalt, in welcher das neue Rechtsinstitut Anerkennung und Schutz erhielt (II. S. 240 und Ders. Ueb. die *condict. ob causam* S. 258ff. Dagegen Girtanner d. Stipulation S. 222). Für etwas neueren Datums aber hält er die *expensilatio*, welche als eine Bankiergeschäftsform mit der Aufnahme des campan. Argentarienwesens (335—330 v. Chr.) nach Rom gebracht, hier national ausgebildet und nicht bloß für den gesammten Handelstand, sondern überhaupt für den bürgerlichen Verkehr der Römer Gewohnheitsrecht geworden sei (II, S. 246).

Im Allgemeinen kann wohl als unzweifelhaft gelten, daß die *literalis figura* der *expensilatio* jünger als die *verborum solennitas* der sacralen *sponsio* ist, allein es fragt sich, ob nicht die neue freiere und unter

den Gesichtspunkt des *jus gentium* gestellte Form der *stipulatio* jünger als die *expensilatio*, wenigstens jünger als die *transscriptio a persona in personam* sei, welche unbestritten nicht *juris gentium* war. Es läßt sich dafür zunächst der Umstand, daß das Wort *acceptilatio* von der *expensilatio* (für die es offenbar allererst gebildet war) auf die *stipulatio* übertragen ward, anführen; daß aber die *verborum solennitas* nur allmählich vereinfacht und wohl schrittweise profanisirt wurde, läßt sich aus der Geschichte der Bürgschaft (*sponsio, fidepromissio, fidejussio*) entnehmen; auch ist bemerkenswerth, daß, während die *expensilatio* wohl auf *certa pecunia* beschränkt blieb, die moderne *stipulatio* auf andere Werthleistungen Anwendung fand, sowie daß die *transscriptio a persona in personam*, d. h. die *intercessio per expensilationem*, besonders neben den alten auf Verbalobligationen beschränkten Verbürgungsformen der *sponsio* und *fidepromissio* zur Ergänzung derselben im Verkehr Bedürfniß seyn mußte. Sollte nicht das Wort *stipulatio* (*stipula*, Halm! s. dagegen Ihering Geist d. R. R. II. S. 585. Anm. 747) ein Fingerzeig seyn, daß mit ihr eine Ausdehnung von Obligirungen auf Getreide und von da auf andere Fungibilien stattfand, und diese Ausdehnung gerade ein Hauptzweck der Einführung dieser Stipulationsform (*promissio*: Verpflichtung mit Handschlag statt der alten *exsecratio?*) war? Huschke (Gaius. Beiträge z. Kritik, S. 83) und Rudorff (R. R.-Gesch. I. § 20) verlegen die 4 Bürgschaftsgesetze in die Zeit 390—342 v. Chr.; in die Mitte dieser Zeit (367) fällt die *lex Licinia Sextia*, welche die bestehenden Zinsenverbindlichkeiten behufs Erleichterung der Lage der gewerbtreibenden Volksclassen milderte; demselben Zweck dienten die Schuldencommissionen, welche zinsenlose Darlehen aus Staatsfonds gegen doppelte Sicherheit (*praediis praedibusque*) vorschossen, z. B. die *quinqueviri mensarii*, welche nach dem Vorgange des M. Manlius i. J. 352 eingesetzt wurden (Liv. 6, 20). In dasselbe System nun mögen auch die Bürgschaftserleichterungen, sowie die Vereinfachung bez. Erweiterung der *sponsio* zur Stipulation gehört haben. Sie scheinen eine historische Gruppe zu bilden, und die Vermuthung liegt nahe, daß dieselbe unter dem Einflusse des genialen Camillus entstanden ist. Rudorff führt die *lex Furia de sponsu* auf einen späteren Dictator Furius (345 v. Chr.) zurück, allein es ist unwahrscheinlich, daß die Bestimmung der *lex Furia* so rasch, nämlich drei Jahre nachher, durch die *lex Valeria* (342) eine Abänderung erfahren haben sollte. Was hindert uns, die *lex Furia* im Zusammenhang mit den Bestrebungen des alten Camillus († 365 v. Chr.) zur Wiederbelebung und Hebung des Verkehrs nach dem Gallischen Brande zu bringen? Es ist dies zugleich die Zeit, welche Voigt als letzten Termin der Reception der *stipulatio* annimmt. Unter allen Umständen muß angenommen werden, daß, als App. Claudius Caecus es wagen konnte, den Herculescult von der *gens Potitia* auf *servi publici* zu übertragen, die alte *sponsio ad aram maximam* längst nicht mehr in geachteter Uebung stand und der *stipulatio* Platz gemacht hatte.

V.

Das alte Testament und die alte Intestaterbfolge.

Zu § **131**] Die letztwillige d. h. eigenherrliche Anordnung einer Universalsuccession ist ihrem innersten Wesen nach nicht (wie Köppen Röm. Erbrecht I. S. 10 u. 54 sagt) ein Ausfluß des natürlichen Familienbandes, sondern ein Widerspruch zu demselben, denn in ihr löst sich der Einzelwille von der Familie ab und erklärt sich souverän. Innerhalb der sacralen Gentilordnung läßt sich eigentlich nur eine Intestaterbfolge denken, und nur auf der Grundlage derselben mochte der Privatwille einigen Spielraum finden. Ein Testament im vollen Sinne war etwas Fremdes; der letzte Wille machte sich etwa nur mit der Function einer *divisio parentis inter liberos* oder dazu geltend, um Cognaten etwas aus der Masse zufließen zu lassen, was unbeschadet der *sacra* in Wegfall kommen konnte: um diese zu wahren, darum mußte der letzte Wille in den Curiatcomitien erklärt und controlirt werden (*testamentum calatis comitiis conditum*). Neben dieser feierlichen Form des „*legare*“ kam eine unfeierliche Form vor, statthaft im Kriege, für alle im Felde stehenden Römer, von besonderer Bedeutung aber für die Plebejer, welche den eigentlichen *sacra gentilicia* fern blieben und seit Servius Tullius gerade in militärischer Beziehung zum activen Bürgerrecht gelangt waren. Freier in der Form muß das *testamentum in procinctu* auch sachlich den Privatwillen entfesselt haben: wie der Römische Feldherr im Felde fast Omnipotenz hatte, der Soldat frei von der Hausordnung war, so mochte auch der legirende Soldat weniger gebunden seyn, und darum hier zuerst das Wagniß einer freien Anordnung der Erbfolge geschehen.

Daß dieses Wagniß zuvörderst an dem Familienprincip anknüpfte, ist natürlich; dadurch erklären sich die auf jenes Princip zurückweisenden Momente, z. B. das Bedingtseyn der testamentarischen Berufung durch das *conubium*, was u. A. die Erbunfähigkeit der *Latini* beweist (s. Köppen a. a. O., S. 13), und insofern läßt sich wohl sagen, daß das Testament eine „Nachbildung des Familienbandes“ oder „Substituirung eines anderen Familienkreises“ gewesen sei. Es war eine Anlehnung des jüngern Princips an das ältere, aber in seinem Wesen war ein Widerspruch zu diesem enthalten. Mit der absoluten Freigebung des Testirens war die Naturordnung der Familie überwunden. Dies geschah wahrscheinlich durch die Worte der XII Tafeln: *Uti legassit, ita jus esto!* Was im Kriegstestament scheinbar als Abnormität aufgetreten, aber doch schon bisher immer mehr zur factischen Regel geworden war, weil die jährlichen Feldzüge in Kürze alle Römer in's Feld führten, das ward jetzt als gesetzliche Regel sanctionirt. Damit war die Einführung der letztwilligen Universalsuccession entschieden, und das Recht, sie anzuordnen, ward nun von den Römern auf die omnipotente *patria potestas* gegründet: *exheredare licet, quem et occidere,* sagt Paulus (*fr. 11. D. de hered. inst. 28, 2*).

Schon in den XII Tafeln tritt uns diese letztwillige Omnipotenz als das Grundprincip entgegen, die Intestaterbfolge nimmt da die zweite Stelle ein, in Gemäßheit der Worte: „*si intestatus moritur*", und seitdem erscheint im Röm. Recht immer die *legitima delatio* durchaus nur als subsidiäre; „*Praetor eum ordinem secutus, quem et lex XII tabularum secuta est: fuit enim ordinarium, ante de judiciis testantium, dein sic de successione ab intestato loqui*" (*Ulp. fr. 1. pr. D. si tabulae 38, 6*). Ich möchte demnach nicht das Testament „eine die Intestaterbfolge aufhebende *lex*" (wie Köppen S. 13), sondern die *lex publica* hier einen Ersatz der (mangelnden oder mangelhaften) *lex privata* nennen; weit entfernt, im Römischen Testamente dann „die Merkmale eines Familienrechts" wahrzunehmen, verstehe ich vielmehr am ausgebildeten Intestaterbrecht Vieles nur dann, wenn ich jenes als eine Nachbildung der letztwilligen Erbfolge ansehe, z. B. den anfänglichen Mangel und die spätere Zulassung der *successio ordinum*.

Daß das Mancipationstestament schon in den XII Tafeln anerkannt gewesen sei, davon wissen wir nichts; das Wort „*legare*" (*uti legassit, ita jus esto!*), welches unmöglich mit *nuncupare* gleichbedeutend war, spricht dagegen, denn die *nuncupatio* wurde da nur beim *mancipium* und *nexum* zugelassen, das *supremum judicium* aber sicher nicht unter dem *mancipium* mitbegriffen, da noch später die *hereditas* nicht unter den *res mancipi* mit aufgezählt wurde. Wenn es richtig ist, daß die *res mancipi* und die Mancipation mit dem Censusvermögen zusammenhingen, so konnte eine *hereditas* überhaupt nicht unter die eigentlichen *res mancipi* gerechnet werden, da sie als Ganzes nicht einen censusmäßigen Bestandtheil eines Privatvermögens, d. h. einen selbständigen Factor des abschätzbaren Besitzthums bildete. Schon aus diesem Grunde war die Anwendung der Mancipation auf sie etwas künstliches und neues. Ueberdies setzt die Idee der *hereditas* als einer vom körperlichen Subject ablösbaren Vermögenseinheit, welche für sich Object einer Mancipation werden könnte, einen solchen Fortschritt des Rechtsbewußtseyns voraus, daß wir ihn kaum in so frühe Zeit verlegen dürfen, als insgemein angenommen zu werden scheint; hätten bereits die XII Tafeln jene kunstvolle Idee gehabt, so würde dieselbe gewiß auch betreffs der *usucapio* hervorgetreten seyn, wir wissen aber, daß erst die Pontificaldisciplin später die *hereditas* interpretationsweise in der Reihe der „*ceterae res*" (*ceterarum rerum annus!*) unterbrachte, um jener *usucapio* eine Basis zu schaffen. Das solenne *manu capere* und das freie *usu capere* hängen eng zusammen, und so liegt es schon an sich nahe, zu vermuthen, daß beide durch dieselbe Potenz auf die *familia* als Vermögensganzes erstreckt worden seien, als einmal die Idee desselben erreicht war, und daß auch die Mancipation erst im Laufe dieser 2. Periode auf die *hereditas* übertragen ward, läßt sich schon darum denken, weil beim Testiren die Preiszahlung überhaupt kaum als reeller Act Statt haben konnte; erst nachdem die Pontificaldisciplin *dicis gratia* Mancipationen auszubilden sich entschlossen hatte, konnte

ihre weitere Anwendung auf letztwillige Universalverfügungen gewagt werden, wobei neue Complicationen auftraten (s. Ihering Geist d. R. R. II. S. 554). Wäre das *testamentum per aes et libram* (schon) durch die XII Tafeln eingeführt worden, so hätte Gaius (1, 102) dieses sicher angemerkt; die Motivirung der Einführung dieser Testamentsform durch die Worte „*subita morte*“, welche den practischen Zweck betonen, deuten vielmehr auf die waltende Hand der Praxis. Wie an das Wort der XII Tafeln „*legare*“ anknüpfend wahrscheinlich die Pontificaldisciplin die letztwillige Universal- und Singularsuccession zu scheiden und zu entfalten anfing, liegt im Commentar des Pomponius zum alten Scaevola (*fr. 120. D. de V. S.*) ziemlich klar angedeutet vor („*latissima potestas tributa videtur*“).

In subsidium trat Intestaterbfolge ein; das Subsidiäre derselben zeigte sich u. A. auch darin, daß für die Bestimmung der Gradesnähe in der *legitima successio* nicht der Zeitpunkt des Todes des Erblassers, sondern derjenige der Gewißheit, daß kein wirksames Testament da sei, entscheidend war (Gai. 3, 13). Die Intestaterbfolge der *voluntarii heredes* war von der Regel beherrscht: *in legitima hereditate successio non est,* d. h. es fand nur einmalige, keine successive Berufung statt, und daher, wenn der vorhandene nähere Agnat, welcher berufen war, nicht antrat, blieb die Erbschaft erblos, und sie fiel an den *primus occupans,* welcher usucapirte. Das Institut der *usucapio hereditatis* füllte die große Lücke aus, welche durch jenen spröden Rechtssatz gegeben war, und es mag daher, so lange jene Usucapion galt, und in einfachen Verhältnissen, wo meistens beim Ableben eines Familienhauptes die nächsten Angehörigen im factischen Besitz des Hausstandes sind, kaum ein Bedürfniß nach Ausbildung der Gradsuccession gewesen seyn. Uebrigens mochte die Entwicklung eines Rechtssatzes, welcher das Nachrücken eines Entfernteren an die Stelle des zuerst Berufenen und dann Wegfallenden zuließ, keine so leichte Aufgabe für den einfachen und ungelenken Rechtssinn der alten Zeit seyn, denn was war die successive Berufung anderes, als eine eventuelle oder bedingte? und wie konnte man sich dazu entschließen, eine bedingte *delatio ex lege* zulässig zu halten, so lange nicht die Statthaftigkeit bedingter Rechtsgeschäfte, und namentlich einer eventuellen *scriptio heredis* anerkannt war? Die Intestaterbfolge trug einen subsidiären Karakter: daher erst, nachdem die *institutio in secundum gradum* d. h. die Vulgarsubstitution ausgebildet worden, konnte daran gedacht werden, auch für die *legitima hereditas* eine Gradsuccession zuzulassen: was dann in der That der Prätor unternahm. Daß es eine solche im alten Recht nicht gab, hatte seinen Grund nicht im bloßen äußeren Wortlaut der XII Tafeln, wie gewöhnlich und namentlich noch von Ihering (Geist d. R. R. II. S. 487) angenommen wird, sondern positiv in der Künstlichkeit dieser juristischen Figur, und negativ in der Bedürfnißlosigkeit jener Zeit.

Von demselben Gesichtspunkte aus haben wir anzunehmen, daß auch keine Einrückung der Gentilen beim Ausfall des nächstberufenen

Agnaten stattfand; es hätte ohnedem etwas sehr Inconcinnes, wenn auf diese Weise die Gentilen in Vortheil gegenüber den Agnaten gekommen wären. Es ist richtig, was Köppen (Röm. Erbrecht I. S. 8. Anmerk. 16; vergl. auch Böcking Röm. Privatrecht. 2. Ausgabe. Bonn 1862. S. 258. Anm. 13) bemerkt, daß die Quellen zunächst nur von den Agnaten den Mangel der Gradsuccession aussagen, allein der Grund dessen lag einfach darin, daß zur Zeit des Gaius, Paulus und Ulpian es kein Gentilrecht mehr gab (Gai. 3, 17).

XVIII. Kapitel.

VI. Rechtspflege.

(Zu § 132-150)

I.

Der altrömische Criminalproceß.

Zu § **132**] Nur für wichtigere Fälle bildete sich ein besonderes gegliedertes Strafverfahren aus; die leichteren (Ungehorsams-) Fälle blieben im *Imperium* der Magistrate beschlossen. Für die Ausübung des *Imperium domesticum* gegen Familienangehörige bestanden gleichfalls besondere Voraussetzungen (Rudorff R. R.-Gesch. II. § 99).

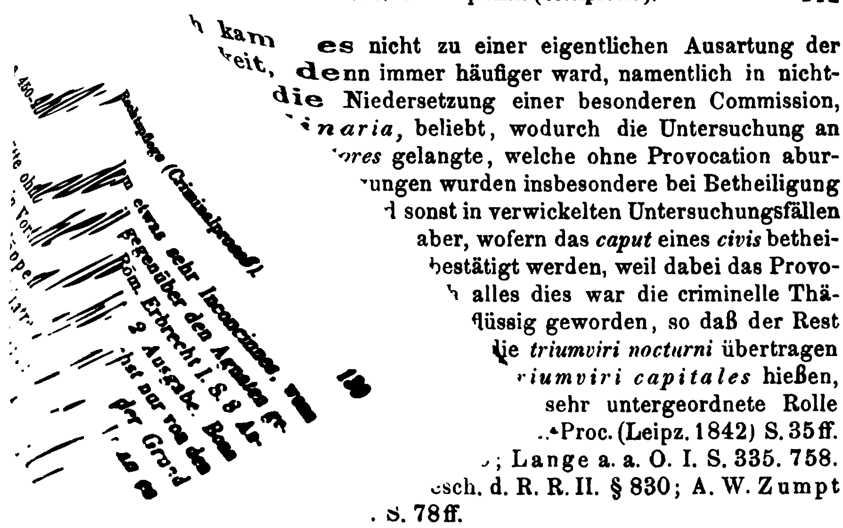
Ursprünglich sprach das Volk nur unter Umständen und nur als Appellationsinstanz Recht. Mit der *lex Valeria de provocatione* (509, 245 d. St.) waren die Comitialgerichte aus einer Gnadeninstanz zu der ordentlichen Appellationsinstanz in Capitalsachen geworden; da aber weiterhin bei Todesverbrechen die Ueberlassung der ersten Entscheidung an Unterbeamte (*duumviri perduellionis* und *quaestores parricidii*) Sitte ward, so sank diese erste Entscheidung „zu einem Scheinurtheil, der Sache nach zu einer motivirten Anklage herab, und so entstand eine auf Capitalprocesse beschränkte, hier aber gewiß ganz regelmäßige richterliche Competenz der Centuriatcomitien“. Durch die Bestimmung der XII Tafeln, daß *de capite civis Romani* nur in *comitiatu maximo* gerichtet werden dürfe *, bez. durch die *lex Valeria Horatia* (449) und eine neuere *lex Valeria* (300), ward diese Competenz (theils vielleicht den beginnenden Uebergriffen der Tributcomitien, theils der Magistratur gegenüber) neu gesichert. Magistrate hatten die Initiative und Instruction der Sache, der eigentliche Wahrspuch fiel den Centurien zu, eine Sonderung, die wohl an die civilprocessuale Trennung in *Jus* und *Judicium* erinnert; allein diese Parallele ist nicht ganz zutreffend, da in Criminalsachen der Magistrat das Verfahren formell wirklich in seiner Hand hatte und den Parteien nicht bloß assistirte, sondern die ganze Verhandlung, einschließlich die vor den Comitien selbst, leitete. Seit den XII Tafeln

*) s. oben zu § 113—116. Excurs II. S. 118.

traten auch Volkstribunen als Ankläger auf, und es scheint, daß ihnen sehr bald die Durchführung der politischen Strafprocesse, d. h. die Verfolgung der *perduellio*, als Prärogative ganz zufiel, so daß nun die Quaestoren auf die Verfolgung der gemeinen Capitalsachen beschränkt waren.

Das Verfahren begann mit der *diei dictio* — auch *prima accusatio* genannt — d. h. Vorforderung des Angeschuldigten durch die Duumvirn oder Quaestoren bez. Volkstribunen; der Angeschuldigte befand sich von da im Zustande öffentlicher Anklage (*reus*) und ward entweder in Haft gebracht oder gegen Bürgenstellung (*vades*) auf freiem Fuß gelassen. Die folgende Untersuchung (*anquisitio*), d. h. Ausführung der Anklage durch den Magistrat und Vertheidigung seiten des Angeklagten, geschah in drei aufeinanderfolgenden Terminen (*prodictiones*), welche auch als *secunda, tertia* und *quarta accusatio* bezeichnet wurden; im letzten derselben wurde mit Beobachtung der Frist der *justi triginta dies* der Tag des Volksgerichts angesetzt. Diese drei Anquisitionen wurden in *conciones,* dagegen das Volksurtheil in eigentlichen Comitien ausgeführt. Dem Angeklagten war gestattet, sich durch freiwilliges Exil vor der Urtheilsfällung der drohenden Todesstrafe zu entziehen; ja das Exil ward zur Regel, und seit Manlius (383, 371 d. St.) ist kein weiterer Fall einer Vollstreckung der von den Comitien erkannten Todestrafe überliefert; die Verschärfung des Exils durch *aquae et ignis interdictio* trat gewissermaßen an die Stelle. Vergl. Geib Gesch. der Röm. Criminalproc. S. 114ff.; Lange Röm. Alterth. II. S. 467—479; Danz Gesch. d. R. R. I. § 41; A. W. Zumpt das Criminalr. der Römer I. 2. S. 143ff.

Auch die Tributcomitien wußten sich allmählich, insbesondere seit dem *plebiscitum Icilium* (492), eine gewisse thatsächliche Competenz in Capitalfällen, nämlich in Fällen einer gegen die Plebs gerichteten *perduellio,* zu erringen. Diese bloß standesrechtliche Gerichtsbarkeit gestaltete sich aber zu einer staatsrechtlichen mit der *lex Aternia Tarpeja* (454, 300 d. St.), welche, wie es scheint, in Multprocessen (Geldbußen) an die Tributcomitien zu provociren gestattete; auf Verfolgung von Capitalsachen konnten die Tributcomitien wohl verzichten, da die seit der *lex Valeria Horatia* (449, 305 d. St.) als *magistratus* anerkannten Volkstribunen jede Verletzung ihrer *sacrosancta potestas* als eine *perduellio* gegen den *populus Romanus* vor den Centuriatcomitien verfolgen konnten. Nunmehr waren es die Volkstribunen, welche theils vor den Centuriatcomitien, theils vor den Tributcomitien die Capitalfälle und politischen Processe, und die Aedilen, welche vor den Tributcomitien die Multprocesse betrieben. Auf diese Weise gestaltete sich die Grenzlinie zwischen der Competenz der Tribut- und der Centuriatcomitien practisch dahin, daß jene im Allgemeinen die leichteren, diese aber die schwereren Straffälle richteten, und es geschah, daß zufolge der zunehmenden Abneigung gegen Todesstrafe die criminelle Thätigkeit der Tributcomitien immer mehr in den Vordergrund trat und zur Regel



h kam es nicht zu einer eigentlichen Ausartung der
veit, denn immer häufiger ward, namentlich in nicht-
die Niedersetzung einer besonderen Commission,
inaria, beliebt, wodurch die Untersuchung an
ores gelangte, welche ohne Provocation abur-
ungen wurden insbesondere bei Betheiligung
d sonst in verwickelten Untersuchungsfällen
aber, wofern das *caput* eines *civis* bethei-
bestätigt werden, weil dabei das Provo-
h alles dies war die criminelle Thä-
flüssig geworden, so daß der Rest
die *triumviri nocturni* übertragen
riumviri capitales hießen,
sehr untergeordnete Rolle
..Proc. (Leipz. 1842) S. 35 ff.
; Lange a. a. O. I. S. 335. 758.
esch. d. R. R. II. § 830; A. W. Zumpt
. S. 78 ff.

II.

as Gepräge des altrömischen Civilprocesses.

Zu § 132] Zur allgemeinen Karakteristik des Röm. Civilprocesses bemerkt sehr treffend v. Bethmann-Hollweg I. S. 101. 102: *Die* Eröffnung des Rechtsstreits durch den Kläger „ist nicht Klage bei dem Richter über erlittenes Unrecht (*querela*), sondern Geltendmachung seines Rechts, ein Handeln mit seinem Widersacher vor Gericht (*agere cum adversario apud judicem*), daher er *actor* heißt, und der Andere *is*, *cum quo agitur*. Es entspricht durchaus dem tiefen Rechtssinn der Römer, daß sie nicht nur die einzelnen Acte dieses Verfahrens als eben so viele Rechte auffassen, sondern auch der Totalität des Rechtsstreits als eines organischen Rechtsverhältnisses sich bewußt werden, und wir irren wohl nicht, wenn wir dieses Rechtsbewußtseyn schon dieser Periode zuschreiben. Denn ist dem vernünftigen Willen des Einzelnen das Recht immanent, so muß selbst der Kampf zweier Willen, sie in eine rechtliche Beziehung zu einander setzen, die in der beiderseitigen Berufung auf das Recht, also in der Unterwerfung unter dasselbe und seinen Vertreter, das Gericht, ihren Ausdruck findet. Hierin liegt die Aehnlichkeit des im Rechtsstreit begründeten Rechtsverhältnisses mit dem Vertrage; denn wenn auch die streitenden Theile Entgegengesetztes wollen, so einigen sie sich doch darin, daß ihr Streit rechtlich entschieden werden soll.“ — Wir können die hier angedeuteten Principien als das civilistische und das vertragsmäßige Gepräge bezeichnen*; sie sind die eigentlichen Grundzüge

*) s. unten Excurse zu § 213—265. No. IV sub E.

des Röm. Civilprocesses und ihm durch alle Entwicklungsphasen eigen geblieben, so lange die Entwicklung auf Röm. Grundlage verharrte, d. h. bis in die Zeit der classischen Jurisprudenz: von da ab beginnt eine publicistische Umgestaltung, welche im Mittelalter fortgesetzt und zum Theil von ganz neuen Ausgangspunkten aus zu dem modernen Proceßsystem geführt hat. Der Röm. Civilproceß war ein unmittelbares Rechtsverhältniß zwischen den Parteien, der moderne Civilproceß dagegen ist ein unmittelbares Rechtsverhältniß zwischen den Parteien einerseits und dem Richter anderseits und nur durch den Richter mittelbar zwischen der einen und anderen Partei selbst. Am schärfsten erhellt dieser Contrast aus dem Legisactionenproceß.

III.

Das *Sacramentum* in der *legis actio*.

Zu § **138**] Die Form des processualen *sacramentum* erscheint auf den ersten Blick vielleicht künstlich, und doch ist sie die Gestalt, in welcher das Wesen des (eines jeden eigentlichen) Rechtsstreites am schärfsten und natürlichsten hervortritt. Der Rechtsstreit ist ein Conflict von Rechtsbehauptungen; bei deren Formulirung können die vermeintliche Rechtsverletzung, welche dem Einen (Kläger) den Anlaß zur Klage und den Grund des Processes gibt, und die Durchsetzung seines Rechts, welche seiten des Klägers als Erfolg der Klage erwartet wird und der sachliche Zweck des Processes ist, — jene als selbstverständliche Voraussetzung und diese entweder als selbstverständliche oder als vorläufig außer Acht gelassene* Folge der Klage — im Allgemeinen ungenannt, d. h. ohne feierlichen Ausdruck bleiben; nackt also treten die Behauptungen der beiden Parteien einander gegenüber, es soll entschieden werden, welche Behauptung (die *vindicatio*, *intentio* des Einen oder die *contravindicatio, negatio* des Anderen) mit dem Recht im Einklang sei, und es reducirt sich so der einfache Proceß auf die persönliche Alternative, ob Agerius oder Negidius mit seiner Behauptung im Recht sei. Es kommt aber hinzu, daß, wer ohne Recht behauptet und ungerechtfertigter Urheber des Processes ist, ein Unrecht begeht: Kläger soll nicht leichtsinnig Rechte behaupten, Beklagter nicht böswillig verneinen: in einfachen Verkehrsverhältnissen, wo alle Formen des Rechtslebens hell, prägnant und geläufig sind, kann nicht Unklarheit und wirkliche Zweifelhaftigkeit, sondern fast immer nur tadelnswerthes Gebahren des einen oder anderen Theils die Schuld am Processe tragen, welcher somit eine Art öffentliches Aergerniß bildet und eine Sühne heischt, und diese ist um so mehr indicirt, wenn etwa der ganze Vorgang unter die Obhut der Gottheit gestellt und der Streit Angesichts derselben vorgenommen wird. Eine solche Sühne ist die Bedeutung des sacramentalen Einsatzes, welchen der jene Schuld Tra-

*) s. Excurse zu § 213—265. No. III.

gende als eine Proceßbuße verwirkt, und sie ist für den energischen Rechtssinn die moralische Ergänzung des juristischen Verfahrens. Die *leg. act. sacramento* vereinigt einfach und plastisch jene juristische Straffheit mit dieser moralischen Würde, sie ist daher der karakteristische Ausdruck der Proceßanschauung eines ursprünglichen, energischen, eminent juristischen Volkes und recht eigentlich die nationale Proceßform der Römer.

Halten wir fest, daß auf diesem Wege der Kern des Rechtsstreites sich herausschält, so erscheint der Versuch einer noch tieferen historisch-psychologischen Deutung des *sacramentum* von vorn herein überflüssig. Nach Asverus (Ueb. d. *leg. act. sacram.* 1837. S. 37 u. Derselbe: Die Denunciation d. Römer, 1843. S. 149ff.), welchem Huschke (in Richter's krit. Jahrbüchern, Jahrg. VIII., 1839. S. 665ff.) wesentlich beistimmt, wäre das *sacramento contendere* (und *manum conserere*) das Ueberbleibsel eines gerichtlichen Zweikampfes gewesen: s. dagegen Puchta Instit. II. § 161 und v. Bethm.-H. I. S. 123. 134. — Danz (d. sacrale Schutz im Röm. Rechtsverkehr S. 151—190 u. i. d. Jahrbb. d. gem. R. V. S. 88—93) aber meint hier die Spuren eines Eideskampfes zu erkennen und versteht das erlegte Succumbenzgeld als Eidbuße. Zweikampf und Wettkampf sind coordinirte Lebensformen der nämlichen Grundidee: daß im ehrlichen Proceßstreit Person gegen Person steht, jede Partei mit ihrer ganzen Persönlichkeit eintritt und der Proceß nicht ein Spiel von Kindern, sondern der volle Ernst von Männern ist, welche eben dazu die Gottheit oder die Organe der obersten politischen Autorität anzurufen kommen. Warum das eine Volk diese, das andere jene Lebensform gezeugt und ausgebildet hat, ist eine Frage der Völkerpsychologie: wir erkennen in dem einen den landritterlichen, in dem anderen den mehr urbanen Karakter der alten Germanen und der alten Römer. Danz hat neuerdings (i. d. Zeitschrift f. Rechtsgesch. VI. S. 368) seine Ansicht ausführlicher zu begründen gesucht; dieselbe läßt sich mit der Idee einer (religiösen) Proceßwette allenfalls vereinigen, denn im Succumbenzgeld liegt zugleich die Idee einer Strafe; nach Danz aber war das *sacramentum* ein *piamentum* d. h. eine *poena falsi sacramenti*.

Halten wir nun fest, daß die Wette der moralisch nothwendige Ausdruck der *contentio* war, so müssen wir annehmen, daß, wo das Wettmoment fehlte, auch keine eigentliche *contentio* vorlag. Dies aber war bei der *l. a. per arbitri postulationem* der Fall, und es scheint daher, daß in dieser nach ihrer ursprünglichen und reinen Function keine eigentlichen *lites*, sondern nur *jurgia* verhandelt wurden. Das Gebiet, welches dieser *l. a.* im alten Proceßsystem insgemein zugetheilt wird, dürfte viel zu weit gesteckt seyn: nur wo freundliche Auseinandersetzungen stattfinden sollten*, also nicht Behauptung gegen Behauptung stand, ward ohne Wette und in einem dem freien Ermessen Spielraum lassen-

*) s. oben zu § 123—131. Exc. I. S. 126.

den Verfahren verhandelt. Wo eine Wette möglich und indicirt war, mußte das *sacramentum* Platz greifen; nur für andere Sachen bestand ein anderes Verfahren. Die Ausdehnung dieser freien *legis actio* auf wirkliche Streitsachen (*actiones bonae fidei*) gehört sicher einer späteren Zeit an.

IV.

Das bestrittene Recht im Processe.

Zu § **139**] Wie der Kern des Rechtsstreites, so mußte auch das Wesen des bestrittenen Rechtes im Sacramentsproceß, und zwar in der Einleitung desselben, klar und scharf hervortreten: daher rührt es, daß hier die Artsverschiedenheit der *res in litem deductae* zur Geltung kam und folglich schon frühzeitig der Unterschied zweier Hauptgruppen von Proceßsachen ausgeprägt wurde, welche wir (mit v. Bethmann-H.) als die absoluten und die relativen Rechte bezeichnen wollen. Vergl. Stintzing d. Verhältn. d. *l. a. sacram.* z. d. Verfahren durch *sponsio praejud.* (1853) S. 18—23.

1. Absolute Rechte sind solche, zu deren civilistischer Markirung es schlechthin nur der Bezeichnung des Rechtsobjectes bedarf: zu ihrer Aufstellung in der *leg. actio* gehörte daher nicht die Nennung einer Person, eines Gegners, und sie ward demnach *actio in rem* genannt. Mit der Aufstellung: *hunc hominem*, *fundum Sabinum ex jure Quiritium meum — hereditatem* (*familiam*) *meam — filium meum* (*adjecta causa*) *esse ajo*" erschöpfte die Partei das Wesen des behaupteten Rechtes; aber das Object selbst (dessen Existenz und Identität) mußte eben auch genau festgestellt seyn, und der einfachste Weg der Feststellung war der, die Wettaufforderung in Gegenwart des Streitobjects vorzunehmen. Daher ward dieses, wenn möglich, *in jus* gebracht, wofür, unter dem Schutz des Magistrats, der Kläger Sorge zu tragen hatte, welcher im Fall des Besitzableugnens seiten des Beklagten die Sache als *res furtiva* mit Beiziehung von Zeugen persönlich im Hause des Gegners aufsuchen durfte (*furtum lance licioque conceptum*: Gaius 3, 185. 192; Rudorff Röm. R.-Gesch. II. S. 352); außerdem verfügten sich die Parteien nach Zwölftafelrecht unter Vortritt des Magistrats, späterhin ohne diesen, aber mit Zeugen nach dem Ort des Grundstücks oder der nicht transportablen Sache, um ein stellvertretendes Stück (*gleba, tegula, singula ovis, pilus*) zu holen: Gell. 20, 8; Gai. 4, 17. Dazu Ihering Geist d. R. R. II. S. 600 u. Karlowa Beitr. z. Gesch. d. Römischen Civilprocesses (1865) S. 1 ff. An dem *in jure* gegenwärtigen Object erfolgte dann die symbolische *vindicatio* — d. h. der Kläger, das Object ergreifend (*rem apprehendens s. manu adserens*), berührte es zugleich mit einem die *hasta* vertretenden Stäbchen (*vindictam s. festucam imponebat*) und fuhr fort: (... *meum esse ajo*) *ecce tibi* (d. h. Angesichts Deiner) *vindictam imposui*, worauf die *contravindicatio* d. h. die gleiche Solennität seiten des Beklagten erfolgte; hiervon hieß die

in rem actio auch *vindicatio rei*, und die Procedur selbst *manus conserere:* nicht das Ueberbleibsel eines Elementes des Zweikampfes mit Waffen, sondern der Ausdruck eines kindlichen Rechtssinns, welcher die Worte mit symbolischer Plastik des Handelns* ausstattet. Vergl. v. Bethm.-H. I. S. 134. Endlich nachdem der Magistrat mit den Worten *Mittite ambo!* Frieden geboten, erfolgte die Wettprovocation.

Bei der Vindication eines Menschen hätte Zweifel entstehen können, ob derselbe als Sklave, d. h. als Eigenthumsobject oder als Hauskind, d. h. als Object der *patria potestas*, oder ob sein *status libertatis* in Frage (vom Kläger behauptet, vom Beklagten bestritten) sei; es ward daher in der *leg. actio* unterschieden, indem, wenn es sich um die gewöhnliche Eigenthumsklage handelte, dies durch die Worte des Klägers: *meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi,* und des Beklagten: *jus peregi sicut vindictam imposui*, ausgedrückt ward. In den anderen Fällen klagte man „*adjecta causa*" (*filium suum in potestatem petebat*): *fr. 1. § 2. D. de rei vind.* (*6*, *1*); v. Bethm.-H. I. S. 139. (Anders Muther d. Sequestration S. 391ff.).

Neben der Beglaubigung der *actio* hatte der Magistrat zugleich den Besitzstand für die Dauer des Processes zu ordnen (*vindicias dicere secundum alterum:* Gai. 4, 16); er that dies, indem er der einen Partei, regelmäßig dem augenblicklichen Besitzer, den Besitz gab, beziehendlich beließ (in Freiheitsprocessen aber immer *vindicias secundum libertatem* gab), aber ihm Bürgen, die s. g. *praedes litis et vindiciarum*, abverlangte wegen Herausgabe der Sache und der inzwischen erwachsenden Früchte für den Fall des Unterliegens.**

2. Relative Rechte sind diejenigen, welche ihre Bestimmung in der Richtung gegen eine bestimmte Person, deren Wille dem des Berechtigten unterworfen wird, finden, also die Obligationen oder Forderungsrechte; da natürlicherweise diese Person zugleich der Proceßgegner (Beklagte) ist, so mußte sie in der *legis actio* genannt werden, woher die *l. a.* als *actio in personam* bezeichnet ward. Ob aber weiter, wie v. Bethmann-Hollw. annimmt, zur Individualisirung des Anspruchs auch die Angabe des Schuldgrundes (*nominatio causae*, z.B. *sponsio, delictum*) hinzukommen mußte (*fr. 14. § 2. D. de exc. rei jud.* (*44, 2*; Gai. 4, 24), möge hier dahingestellt bleiben: dem einfachen Organismus des Sacramentsprocesses scheint sie fremd geblieben seyn zu müssen; sie trat wohl nur als Beweispunkt im *Judicium* auf; v. Bethmann-Hollw. (II. S. 264) widerspricht sich selbst, indem er die Angabe der *causa debendi* bei der *condictio* für unwesentlich erklärt, denn dasselbe gilt für den Sacramentsproceß, der mindestens ebenso für Unwesentliches unzugänglich war.

Als die ursprünglich den Sacramentsproceß allein begründende vertragsmäßige *causa* dürfte die nationalrömische *sponsio* (*sponsus*) anzusehen seyn: *ajo te mihi dare oportere* (*ex causa sponsionis*) *decem mi-*

*) s. Cursus § 126. **) Vergl. Cursus § 209.

lia aeris; Valer. Prob. (*ed.* Mommsen) § 4, 1; dem (ursprünglich) sacralen Sponsionsact entsprach die sacrale Proceßbuße. *Sponsio* und *confessio in jure,* sei es des eigentlichen Schuldners oder eines intercedirenden Freundes, begründeten am einfachsten das *dare oportere.* Nur auf ein *certum* konnte die *leg. actio* gehen, da sie sonst für die Wettalternative nicht geeignet gewesen wäre; überdem gab es in der alten Zeit überhaupt nur *obligationes certi; obligationes ad faciendum* mußten in eine *poenae sponsio* gekleidet werden. Daneben konnte von Rechtsgeschäften nur noch das *nexum* und das dem Erben Legate auferlegende Testament in Frage kommen, auch die hieraus entspringenden *actiones certi* wurden vielleicht der *l. a. sacramento* zugänglich gemacht für solche Fälle, da Kläger den summarischen Executivproceß beiseite lassen wollte; v. Bethm.-H. I. S. 148. Delictsklagen wurden gleichfalls im Sacramentsproceß verhandelt, so die auf Körperstrafe gehende *actio injuriarum* wegen *carmen famosum* und *membrum ruptum*, die auf Geldstrafe gehende *actio furti nec manifesti* und die allgemeinen Schädenklagen (*actio de rupitiis sarciendis* und *de pauperie*), sämmtlich aus den XII Taff.; v. Bethm.-H. I. S. 173.

Nach Bethm.-H. (I. S. 61. 65. 149. 170. 180) führte in Schuldsachen der Sacramentsproceß anfangs gar nicht zu einem besonderen *judicium,* sondern der Magistrat entschied kraft seines *imperium* selbst *in jure,* so daß zuerst durch die *lex Pinaria,* welche für geringe Schuldsachen die Verweisung an Einzelrichter vorschrieb, eine Trennung in *jus* und *judicium* eingeführt worden wäre. Allein es ist unwahrscheinlich, daß es in Schuldsachen, welche doch *caput* und *familia* des Schuldners gefährdeten, an der Garantie der ständigen Volksgerichte gefehlt, und daß es im Sacramentsprocesse ein doppeltes Verfahren, das eine mit *judicium* und das andere ohne solches, gegeben hätte. Außerdem ist zu bemerken, daß, wenn die *lex Pinaria* für geringe Schuldsachen die Verweisung an Einzelrichter vorschrieb, dabei nur eine Erleichterung der Geschwornenhöfe, und nicht des Magistrats, bezweckt seyn konnte, denn letzternfalls hätte genügt, diese Verweisung dem Ermessen des Magistrats zu überlassen. Was v. Bethm.-H. einwendet: daß gewisse pönale Schuldklagen auf Capitalstrafe hinausliefen und diese nur durch einen Magistrat verhängt werden konnte, scheint mir nichts gegen die Entscheidung der Schuldfrage durch Geschworene zu beweisen, da durch Verweisung der *lis* zum *judicium* die Geschworenen eben ermächtigt wurden, zu urtheilen, und der etwaige Strafspruch indirect aus dem *imperium* des Magistrats in Verbindung mit dem Proceßvertrag der Parteien floß. Allerdings haben wir keine Spur mehr davon, daß vor die Centumvirn (oder Decemvirn?) auch Schuldsachen gelangt seien; allein dieser Spurmangel erklärt sich hinreichend daraus, daß, nachdem durch die *lex Silia* und *Calpurnia* für alle *obligationes stricti juris* das Institut der Einzelrichter eingeführt und für freie Schuldsachen die *l. a. per judicis postulationem* anerkannt war, für Schuldsachen überhaupt der Sacramentsproceß und die

Verweisung an einen ständigen Gerichtshof außer Uebung und in Vergessenheit kamen.

V.

Die Execution auf Grund der *legis actio.*

Zu § **143**] Da die Execution eine (zwangsweise) Verfolgung des erstrittenen Rechtes ist, und nach altröm. Auffassung zunächst als unmittelbare Ausübung dieses Rechts durch die siegreiche Partei selbst erschien: so mußte sie sich je nach Art der durchzusetzenden Rechte verschieden gestalten, und folglich auch hier wieder jener schon beim *sacramentum* wichtige Unterschied von absoluten und relativen Rechten hervortreten. Demgemäß ist wohl anzunehmen, daß bei *in rem actiones* durch die vom *judex* ausgesprochene *addictio rei* (*Fest. v. addicere*) der Sieger berechtigt war, Hand an das erstrittene Object zu legen, und es, wenn gegenwärtig, z. B. den Sklaven, sofort mit sich, oder wenn nicht, z. B. das entlegene Grundstück, nachher eigens im Besitz zu nehmen, die etwaige Widersetzung des Gegners, sei es durch Angehung der *praedes litis et vindiciarum*, welche für den vollen Geldwerth des Objects nebst Früchten einzustehen hatten,* oder auch unmittelbar mit Hülfe des Proceßmagistrats, d. h. seiner *lictores* oder *viatores*, zu überwinden, und wegen der etwa nicht vorhandenen (weil verbrauchten oder vernachlässigten) Früchte den Ersatz ihres doppelten Werthes zu fordern, welcher solchenfalls zufolge der XII Tafeln noch durch eine besondere Schätzungscommission zu ermitteln war: „*Si vindiciam falsam tulit, si velit is, qui vicit, Praetor arbitros tres dato: eorum arbitrio reus fructus duplione damnum decidito*". Vergl. v. Bethm.-H. I. S. 193 und dazu Ihering Geist d. R. R. III. S. 183. Vielleicht lag es im Fall der Widerspenstigkeit des *judicatus* in der Hand des Klägers, die Sache zu einer Geldverurtheilung zu treiben, den *judicatus* zum *damnas* zu machen und so die *litis addictio* auf die *familia pecuniaque* auszudehnen. s. Huschke Gaius. Beitr. z. Kritik. S. 170.

Anders bei Schuldklagen, welche ja nicht einfach auf Behauptung in einem zustehenden Recht, sondern weiter auf Bewirkung einer erst herbeizuführenden Rechtsänderung, nämlich auf eine Vermögensleistung durch den Willen des Schuldners geht. Diese Leistung ist eine Gegenwärtigmachung der geforderten Handlung und holt gleichsam das nach, was bei *in rem actiones* durch die (reelle oder symbolische) Präsenz der Sache vorausgeschehen ist. So hat nun der Sieger sich hier unmittelbar und von vornherein an die Person des ungehorsamen Schuldners zu halten und der Person selbst sich zu bemächtigen. Die hierdurch begründete Macht über die dem Sieger preisgegebene Person hatte nur im Hintergrunde und verdeckt den Erfolg und Zweck einer Ablösung und Befreiung durch nachträgliches freiwilliges Leisten, und beruhte nicht eigentlich, oder nicht allein auf einem be-

*) s. S. 145.

sonderen strafrechtlichen Karakter des Verfahrens, wie Huschke, Em. Hoffmann u. A. annehmen, auch nicht auf dem äußeren Gesichtspunkt, daß solchenfalls gänzlicher ökonomischer und mithin auch bürgerlicher Verfall des Schuldners anzunehmen sei, wie v. Bethm.-H. I. S. 195 denkt, sondern auf dem tieferen Grunde, daß die Handlung als Willensäußerung nur im Willen, der Wille nur in der Person und die Person nur im *corpus debitoris* be- und erzwingbar sei, m. a. W. daß im strengen Natursinn die persönliche Handlung nur durch Besitznahme der handeln sollenden Person selbst präsent gemacht, dem Sieger verschafft und gesichert werden könne. Wie der Sieger in der *in rem actio* die Sache selbst ergriff, so bemächtigte in Schuldklagen der Sieger sich der Handlung mittels der Person, weil nur aus deren freier und untheilbarer Lebenskraft die Handlung quillt: eine psychologisch richtige und energische Rechtsidee, die zugleich für ursprüngliche Zeiten einen hohen practischen und sittlichen Werth hatte, indem mit ihr dem Gläubiger die größtmögliche Garantie, nämlich die vereinten Vortheile der Personal- und Realexecution gegeben und überdies der etwaige Leicht- oder Starrsinn des Schuldners („*dolus malus*“ Gai. 4, 21) angemessen getroffen wurde.

Die spätere Milderung dieses Executionsmodus durch die *lex Poetelia* (327? 313?) hatte den Sinn, daß die Ergreifung der Person des Schuldners, die vorher als civilistische Consequenz des Schuldrechts gegolten hatte, nun nur noch als Mittel zum (Executions-) Zweck und bez. als vorübergehende processuale Maßregel erschien: diese Umbildung aber hatte zur Voraussetzung eine Civilisirung und feinere Organisation der *Obligatio*, die eben nicht mehr nach dem Zuschnitt körperlicher Rechte, sondern als Recht am *aes* d. h. dem Vermögen — dieses rechtlich von der Person abgelöst und als ideale Einheit gedacht — behandelt wurde.*

Eman. Hoffmann in der Zeitschr. f. österr. Gymnas. (Wien) 1866. S. 580 u. 595—611, obgleich einräumend, daß Livius das Recht der *nexi* und der *judicati* gleich erachtete, führt aus, daß das Executionsverfahren aus einem Urtheil wesentlich verschieden gewesen sei von dem Verlauf des geltend gemachten *nexum*, und daß das erstere seinem rechtlichen Wesen nach gar nicht, sondern nur factisch infolge eines *pactum* des der *capitis poena* verfallenen *judicatus* mit dem Gläubiger, zur Schuldgefangenschaft hätte führen können. Allein daß unter *pactum* die (nachträgliche) Eingehung eines *nexum* mit verstanden worden sei, ist unglaublich; daß die *capitis diminutio* durch Unterlassung des *pacisci* (Störrigkeit des *judicatus*!) gerechtfertigt gewesen, darum nicht denkbar, weil das *pacisci* doch mit vom freien Willen des Gläubigers abhing (was durch den Ausdruck „*jus paciscendi*“ — Statthaftigkeit der Gestundung — nicht widerlegt wird); überdies reißt jene Annahme einmal den Executionsmodus und den Executivproceß, und

*) vergl. Excurse zu § 123—130. S. 130. 131.

sodann den Executionsmodus der *in rem* und der *in personam actiones* in einer Weise auseinander, welche sich in eine mit einfachen Mitteln operirende Zeit nicht wohl einfügen will; sodann macht sie unbegreiflich, wie die *manus injectio* gegen den *nexus* mit „*pro judicato*" bezeichnet werden konnte; endlich löst sie den Executionsmodus innerlich von dem civilistischen Wesen der *obligatio* dermaßen ab, daß sie überhaupt mit der Natur des Röm. Civilprocesses, welcher unmittelbarer Ab- und Ausdruck des Rechtes selbst ist, in Widerspruch tritt. Zugegeben, daß die prätorische Realexecution der spätern Zeit in ihrer processualen Gliederung der altcivilen Personalexecution entspricht, und daß nach jener der Gläubiger kein umittelbares Recht am Vermögen des *judicatus* erhielt, so folgt daraus schwerlich, daß auch nach der alten Executionsordnung der Gläubiger kein unmittelbares Recht an der Person des Schuldners gehabt; das prätorische Verfahren knüpfte an die durch die *lex Poetelia* geschaffene Ordnung an, nach welcher allerdings der Gläubiger kein *jus in corpore*, sondern nur noch ein vorübergehendes pfandähnliches Recht am Schuldner hatte.

VI.

Die *legis actio per manus injectionem.*

Zu § **144**] In den ausführlichen Bestimmungen der XII Tafeln über die *l. a. per manus injectionem,* welche, wie wir annehmen, sowohl auf Grund des *nexum* als des *judicatum* gewährt wurde, steht die Idee eines *jus in corpore debitoris* noch in ziemlicher Kraft da.* Die dort bewilligte Zahlfrist von XXX *dies justi* bezog sieh zunächst auf den geständigen und den durch Sentenz verurtheilten Schuldner, fand aber sicher auch auf Nexumschuldner, denen keine längere Schuldfrist zur Seite stand (s. *fr. 41. § 1. D. de V. O. 45, 1*), Anwendung. Nicht haltbar dürfte v. Bethm.-H. Ansicht seyn (S. 160), daß noch nach dem vertragsmäßigen Verfalltag die Monatsfrist gewährt worden sei.

Die *manus injectio* haben wir uns als einen außergerichtlichen Act, d. h. so zu denken, daß der Gläubiger dem Schuldner, wo er ihn traf, ihm in seine Behausung zu folgen, ansinnen durfte, und der Schuldner, wenn er nicht sofort einen *vindex* (welcher im Unterliegungsfalle das *duplum* als Selbstschuldner leisten mußte) stellen konnte, in die Schuldgefangenschaft zu folgen hatte. Auch da noch blieb der letzte Schritt suspendirt, denn das *jus in corpore* war nicht ein rohes, unbedingtes, sofort realisirbares mehr: seine Realisirung mußte sich durch mehrere Phasen erst gleichsam zögernd vorbereiten und hindurch entwickeln. Darum war dem gefesselten *nexus* noch eine 60tägige Frist gelassen, nach deren Verstreichung erst derselbe sammt Kind und Kegel seinem Schuldherrn auf Gnade und Ungnade verfiel, d. h. (wie mit v. Bethm.-H. S. 199 gegenüber Niebuhr anzunehmen ist) der Schuldherr konnte

*) s. oben zu § 123—131. Exc. III z. E.

nun, wenn er wollte, den Schuldgefangenen streng genommen tödten, oder ihn doch ins Ausland verkaufen, d. h. in den wirklichen Sklavenstand versetzen, oder aber auch ihn bei sich behalten, welchenfalls der Schuldner nicht eigentlich Sklave, doch gleichsam ein Gefangener (*captivus*) ward und nach der Praxis durch Abarbeiten der Schuld sich immer noch zu rehabilitiren die Aussicht und ein *jus quasi postliminii* hatte.* Die namentlich durch Niebuhr vertretene Ansicht, daß der Schuldherr den *addictus* oder *nexus* nicht hätte in heimischer Gefangenschaft dauernd halten dürfen, weil das ein Volksärgerniß gegeben hätte, stimmt nicht zu der häufigen Erwähnung der Schuldgefangenschaft als dauernden Zustandes in den Quellen.

In der *lex Poetelia* ist mit v. Bethm.-H. S. 164 u. 200 die Bestimmung über das *nexum* zu scheiden von der über die Urtheilsvollstreckung; der Nexumgläubiger verlor nun das *jus ductionis*, womit das *nexum* eben aufhörte, ein *jus in corpore* zu seyn; allein gegen den *judicatus* bestand die *manus injectio*, wenn auch wesentlich gemildert und beschränkt, fort bis zur allgemeinen Abschaffung der Legisactionen. —

In der gewöhnlichen Darstellung der *manus injectio* tritt dasjenige Moment zu sehr in den Vordergrund, welches ihr (unter Umständen) mit der *in jus vocatio* im Ordinarproceß gemein, mithin gar nicht specifisch war. Worin nun unterschied sich diese *leg. actio* von der Einleitung der *l. a. sacramento* (und *per condictionem*), wenn die *in jus ductio* schlechthin erforderlich und eine *addictio in jure* unerläßlich war? Einer Autorisation des Magistrats bedurfte es gewiß nicht da, wo der Schuldner beim Contrahiren schon sich gleichsam selbst eventuell dem Gläubiger zugesprochen (verschrieben, verpfändet) hatte: was er als *persona sui juris* im Geiste des alten Rom vermochte; die *manus injectio* war eine selbstverständliche Consequenz des geltend gemachten Rechts, nicht ein Ausfluß des magistratischen *imperium*; im Stadium der Urtheilsvollstreckung des Ordinarprocesses aber bedurfte es ebensowenig einer besonderen ausdrücklichen *addictio judicati debitoris* durch den Magistrat, da schon in der Formirung der *leg. actio in jurè* und Constituirung des *judicium* der Ausgang des Processes in das Judicat vorgesehen und gleichsam die (eventuelle) *addictio* stillschweigend anticipirt war. Die *litis contestatio* im Mangel Zugeständnisses ersetzte die *addictio rei*, die nur im Falle der *in jure confessio* (analog der *in jure cessio*) selbständig hervortrat. Nur unter dieser Annahme wird der Einklang des Executionsverfahrens bei *in rem* und *in personam actiones* gewahrt, der in der Auffassung der letzteren bei v. Bethm.-H. verloren geht; es ist damit im Einklang, was Huschke Nexum S. 79 bemerkt hat, daß die XII Tafeln nichts von einer *addictio* oder *adjudicatio* vorschrieben, Gai. 4, 21 vollständig hierin übereinstimmt, und auch im Edict *addicere* kein Kunstausdruck war.

Mit Recht hat Ihering neuerdings (Geist d. R. R. 2. Auflage I.

---

*) s. oben zu § 123—130. Exc. III. S. 130.

S. 152ff.) mit der *l. a. per manus injectionem* die *per pignoris capionem* in Verbindung gebracht und einen völligen Parallelismus der Organisation beider nachgewiesen, auf welchen uns schon der Name der Actionen hätte führen können; denn während *sacramentum* und *judicis postulatio* so gut wie *condictio* (diese nach v. Bethmann's Auffassung, welcher ich beistimme) einen Act *in jure* und magistratische Assistenz andeuten, enthalten *manus injectio* und *pignoris capio* einen Fingerzeig auf erlaubte Selbsthülfe: dieser Gedanke bildete den Mittelpunkt der *l. a.*, und wenn die *pignoris capio* (nämlich von Gaius, der die alte Zeit nicht mehr ganz, nur halb verstand) als eine Abart der *leg. actiones* aufgefaßt wurde, so hätte man mit ihr die *l. a. per manus injectionem* zu Einer Gruppe, nämlich „bedingter Proceßwege" vereinigen müssen. Dies hat Ihering nun gethan, indem er ausführt, daß auch die *l. a. per pign. cap.* zu einer Verhandlung *in jure* führte, wenn nämlich der Ausgepfändete etwa die Rechtmäßigkeit der Pfändung bestreiten, bez. der Pfändende jenen zur Einlösung des Pfandes zwingen wollte. „Nur darin unterschieden sie sich, daß bei der *man. injectio*, wo die Einsprache des Gegners sofort laut werden kann, auch das Verfahren selber sofort anhängig gemacht werden soll, während dies bei der *pign. capio*, die auch in Abwesenheit des Gepfändeten statthaft war, erst hinterher möglich war" (Ih. S. 162). Ich stimme dem bei und möchte nur noch die Frage anknüpfen, ob nicht Ihering noch zu viel der alten Ansicht concedirt habe, wenn er an die Möglichkeit denkt, daß der Beklagte auch, ohne einen *vindex* zu stellen, durch bloß wörtliche Anfechtung der Rechtsmäßigkeit die *man. injectio* verzögern, d. h. die Sache zuvor an den Prätor treiben konnte. Mir scheint, daß die Präsentation eines *Vindex* das einzige Mittel war, die angethane *man. injectio* rechtmäßig zu sistiren. Aller alte Röm. Proceß war auf persönliche Nähe und persönliche Bereitschaft basirt, auch die Sistirung der *manus injectio* konnte daher wohl nur durch augenblickliche Präsentation eines *vindex habilis* erzielt werden. Es war Sache des Bedrohten, sich rechtzeitig nach einem solchen umzuthun, und die Unterlassung dessen mochte schon an sich ein Zeichen der Widerspenstigkeit seyn.

Die Fälle der (anomalen) *pignoris capio* gehörten der Sphäre des Staats- und Sacralinteresse an und gründeten sich theils auf *mores* (Forderung des *Miles* wegen *aes militare* und des *Eques* wegen des *aes equestre* und *hordearium*), theils auf *leges* (Forderung des Verkäufers eines Opferthiers wegen des Kaufpreises u. s. w.). Gai. 4, 26—29. 32. *Fest. v. Equestre* und *Hordearium*. Rudorff R. R.-Gesch. II. § 25.

VII.

Vermuthungen über das Verhältniß der *legis actiones*.

Zu § 137] Die Idee der *Obligatio* war schwerlich schon in ältester Zeit entwickelt. Da herrschte das Tauschsystem. In diesem findet

nun, wenn er wollte, den Schuldgefangenen streng Diejenigen Ver-
oder ihn doch ins Ausland verkaufen, d. h. in den wegung vermitteln
stand versetzen, oder aber auch ihn bei sich beh eschäft, welches sich
Schuldner nicht eigentlich Sklave, doch g *(usus rei)* spaltet, so-
(captivus) ward und nach der Praxis durch welche sich in Mandat und
immer noch zu rehabilitiren die Aussicht he Verbindung zu gemein-
hatte.* Die namentlich durch Niebu mögen allerdings schon früh-
Schuldherr den *addictus* oder *nexus* und als Ausnahmen, bez. unter
genschaft dauernd halten dürfen, sie blieben freund- und verwandt-
hätte, stimmt nicht zu der här welche sich ohne Richter abwickel-
schaft als dauernden Zustand sonderliche Urkunden concret formulirt:
In der *lex Poetelia* i Typen fehlte noch. Der Kauf führt erst
stimmung über das *nexu* ee, wenn er als Creditkauf und als Liefer-
streckung; der Nexum er ein Geschäft Zug um Zug bleibt, kann
nexum eben aufhört *(auctoritas)* in Frage kommen, eine Frage, die
dicatus bestand d die *usucapio* zurückzieht. Immer ist es das Dar-
beschränkt, for wirthschaftlich zuerst indicirt ist, aber es tritt anfangs
In der g bei den Germanen, in den mittelalterlichen Städten er-
Moment z Rentenkauf als radicirt auf Grundstücken, bei den Rö-
mit der persönlichen Gewaltrecht am *nexus.* Auf dieses Verhält-
cifisch alte Executivverfahren der *legis actio per manus injectio-*
tung Daneben konnte durch (sacrale) *confessio in jure* ein
sc begründet werden, aber das geschah wohl hauptsächlich
Zusammenhange mit einem Proceß oder zum Zwecke der Inter-
cession, etwa wenn ein *vindex* als Bürge die Schuldsumme auf sich
nahm, welche ein anderer aus dem *nexum* oder einem Delict schuldete.
Die sponsio spielt als Bürgschaft frühzeitig eine Rolle bei den Römern.
Im Wesentlichen trug also das Vermögen und der Verkehr zuerst
sachlichen, dinglichen Karakter: das *res mea est ex jure Quiritium* war
die alleinige Rechtsfrage des täglichen Lebens; auf diese Frage war
auch der älteste Proceß berechnet: das ist der Sacramentsproceß. Wir
wissen, daß für diesen zwei Werthstufen unterschieden wurden, jenach-
dem der Streitgegenstand wenigstens 1000 As oder aber weniger be-
trug: 1000 As war auch der Satz der *lex Pinaria* (472 v. Chr.?) für das
Institut der Einzelrichter,* und ebensoviel erklärte die *lex Furia testa-
mentaria* (342 v. Chr.?) als zulässig für letztwillige Zuwendungen an
Nichtverwandte.** 1000 Libralas aber entsprachen dem Werthe eines
jugerum Ackerland, d. h. einem halben *heredium,* und ein *jugerum* war
in ältester Zeit das kleinste Landmaß, was wirthschaftlich in Betracht
kam. So war also die Sacramentssumme eine verschiedene, je nach-
dem es sich um Grundstücke oder Mobilien, um *praedia* oder *pecudes*
handelte. Sklaven wurden erst später wichtig, und *res nec mancipi*
lagen noch außerhalb des *limen juris,* letztere konnten höchstens als
Obligationsinhalt in Frage kommen: auf sie ging das *nexum* indirect

*) s. Cursus § 135. **) s. Cursus § 147 und Excurse S. 164.

'f das *corpus debitoris*), die *sponsio* direct. Schuldansprüche, cramentsproceß gelangten, dürften immer unter die niedere ımme gefallen seyn, denn schwerlich ging in jenen Zei- 'n oder ein Delict auf höhere Summen, als der Werth etrug, hinaus. Ein Schuldner aber riskirte Haut und 'ir vielleicht in dem alten Satze, daß in Freiheitspro- ie niedere Sacramentssumme einzusetzen war, einen ·kennen, daß eine *Obligatio* unter dem Maximum . Wir hätten danach im Sacramentsproceß mit 50 die *lites* über bewegliche *res mancipi* und den Anfang .ıer *lites* über *res nec mancipi*. Die ältesten Forderungs- gıngen nur auf *res nec mancipi* d. h. Quantitäten oder Fungibi- .ı. *Obligationes speciei* zeigen sich immer erst auf der Stufe künstlicher Verkehrsgestaltung. Die *res nec mancipi*, d. h. Fungibilien, kommen zuerst bei Obligationen in rechtlichen Betracht, und Obligationen treten ursprünglich mit ausschließlichem Bezug auf *res nec mancipi* auf.

Der Nexumproceß enthielt zugleich die Execution, ja er war der in private Personalexecution zusammengezogene Proceß: er war der eigentliche Proceß für Obligationen. Wie setzte nun daneben auf Grund des Sacramentsprocesses der siegreiche Kläger sein erstrittenes Recht durch? Unstreitig war auch diese Durchsetzung seiner Privataction überlassen: er setzte sich in Besitz der behaupteten Immobilie oder Mobilie, welche zugänglich, ja im Streite gegenwärtig war. Aber wie, wenn eine (sacrale) Obligation im Sacramentsprocesse erstritten war? Vielleicht war für diesen Fall die Privataction der *pignoris capio* ursprünglich der allgemeine Ausweg, und es entspräche diese Executionsart dem Sacramentsproseß (mit 50 As Wette) ebenso, wie die *manus injectio* dem *nexum*. Späterhin trat das Verfahren der *manus injectio* an die Stelle, indem dieselbe nun auch auf Sacramentssachen (Obligationen) Anwendung fand.*

VIII.

Zwei *leges Furiae*.

Zu § 147] Gai. 4, 22—24 erwähnt zwei *leges Furiae*, welche für die Geschichte des altröm. Executivprocesses wichtig sind; er unterscheidet sie durch die Zusätze *de sponsu* und *testamentaria*, und nennt sie neben einander („*et aliae leges*" in § 23 *init.*) so, daß es scheint, er halte sie für zwei getrennte Gesetzgebungsacte, und so ist ihr Verhältniß bisher immer aufgefaßt worden. Rudorff (I. S. 51. 55.) setzt die *lex de sponsu* in d. J. 345 v. Chr. (409 d. St.), die *testamentaria* aber, wie es scheint („vor die *lex Voconia*" v. J. 169, 585 d. St.), weit später; mit ihm stimmt Lange Alterth. I. S. 167. II. S. 223. 562 überein, welcher annimmt, daß diese *lex testamentaria* unter dem Einfluß der Cato-

*) s. Cursus § 137—139. 143.

nischen Partei entstanden sei. v. Bethm.-Hollw. (I. S. 162) dagegen setzt sie gewiß mit Recht „lange vor die *lex Voconia*", läßt aber dahin gestellt, „ob auch vor die *lex Valeria*" (342, 412 d. St.), und Huschke (Nexum, S. 141 ff. u. Gaius. Beitr. z. Kritik. S. 72) bringt alle diese Gesetze mit dem Nexum, der *lex Poetelia* und *Aquilia* in innigen Zusammenhang. Sollte die *lex Furia testam.* etwa ein zweites Kapitel in der alten *lex Furia* (*de sponsu*) gewesen seyn und also der Mitte des 4. Jahrh. v. Chr. angehören? So würde die *lex Furia testam.* in die Nähe der *lex Marcia* und in Uebereinstimmung mit der von Gaius 4, 23 gegebenen Reihenfolge gebracht. Selbst an einer gewissen Gedankenverwandtschaft beider so verschieden scheinenden Gesetze fehlt es nicht, da beide die Einschränkung in Geltendmachung bisher unbeschränkter Privatrechte („*qui plus quam virilem partem exegisset*" — „*plus mille assibus cepisset*") enthielten und überdies in beiden Fällen eine gleichartige Abhülfe gewährten. Vergl. Ihering Geist d. R. R. III. S. 112. Die Bezeichnung als *lex de sponsu* und *testamentaria* konnte recht wohl gerade durch die Unterscheidung zweier Kapitel der nämlichen *lex* veranlaßt seyn, und schwerlich kann als Instanz dagegen die Bezeichnung der *lex Furia testam.* als Plebiscit bei *Varro lib. III de vita populi Rom. 1, 247* (*Bip.*) in Betracht kommen. Jedenfalls ist bemerkenswerth, daß nach Gaius Bericht in der processualen *forma legis Furiae testam.* die Clausel *pro judicato* — in Widerspruch mit der *lex* selbst — eingeschaltet wurde, was dem Gaius unverständlich schien („*nulla ratione factum*"): des Gaius Geschichtskunde erscheint hier in mindestens zweifelhaftem Lichte; wie, wenn die Annahme jener *lex testam.* als zweites Kapitel der *lex de sponsu* zur Beleuchtung jener von dem Wortlaut des Gesetzes abweichenden *forma legis actionis* verwerthet werden könnte?! Im 2. Kapitel der *lex* konnte die Clausel *pro judicato* weggelassen und stillschweigend hinzu gedacht seyn; im einzelnen Anwendungsfalle mußte natürlich die Clausel inserirt werden. Hiernach würde freilich die *lex Furia testam.* eigentlich unter den Gesetzen der *l. a. pro judicato* aufzuzählen gewesen seyn, und Gaius durch den Vorwurf der Unrichtigkeit getroffen werden; allein jene *lex* konnte recht wohl eben durch die Auslassung der Clausel den ersten Anlaß zur Milderung des Executivprocesses geben, und es würde so auch des Gaius ungenauer Bericht erklärlich seyn.

Ueber den Zusammenhang der *lex Valeria*, *Poetelia* und *Silia* s. Huschke Nexum S. 122. 144 ff. Die *lex Valeria* milderte die Strenge des Executivprocesses, traf also die *lex Furia de sponsu* und wahrscheinlich *implicite* die *lex Furia testam.*, so daß dadurch Gaius um so leichter verführt werden konnte, diese letztere neben der *lex Marcia* zu nennen. Die *lex Valeria* gehörte derselben Bahn der Entwicklung an, wie die *lex Poetelia* und *Silia;* durch jene ward das Nexum entkräftet, durch diese die profane Stipulation anerkannt; sollte die *lex Valeria,* die gewiß nicht bloß ein negatives milderndes, sondern zugleich ein positives erweiterndes Gesetz war, mit der Anerkennung der *expensilatio*

zusammenhängen, für welche sich ein nexumähnlicher Executivproceß wohl empfehlen mochte?

IX.

Das *Arbitrium liti aestimandae.*

Zu § **150**] Unter den dunkeln Punkten des alten Legisactionenprocesses ist einer der dunkelsten das *arbitrium liti aestimandae.* Ganz in Abrede stellen läßt sich ein solches nicht (wie Stintzing d. Verhältn. der *l. a. sacram.* S. 65, meint) wenn auch seine Hauptanwendung beseitigt ist, sofern man annimmt, daß auch bei *in rem actiones* im Sacramentsproceß die Verurtheilung *in ipsam rem* erfolgte. Eine Taxation war nothwendig im Sacramentsproceß bei *in rem actiones* (die in diesem Proceß zulässigen *in personam actiones* waren nur strenge Geldforderungen, etwa mit Ausnahme von Delictsklagen, wo auch eine Abschätzung nothwendig werden konnte) behufs Normirung des Succumbenzgeldes im einzelnen Falle, ebenso in der *l. a. ex lege Calpurnia* behufs Vorbereitung der Execution der Naturalforderung; auch kam sie vor in der *l. a. per judicis postulationem* je nach Bedürfniß des Falls, und endlich im Sacramentsproceß dann noch besonders, wenn es sich um Ersatz der versäumten Früchte seiten des unterliegenden *possessor* handelte. Bald war hier der erkennende Richter berufen, die Abschätzung beiläufig mit zu bewirken (so in der *l. a. per jud. post.* und *per condict. ex lege Calpurnia*), bald war auch wohl der Magistrat veranlaßt, für die Abschätzung ein besonderes *arbitrium* zu constituiren. Sichere Nachrichten über die dabei geltenden Regeln (bald 1, bald 3 *arbitri* u. s. w.) fehlen; am meisten entspricht es der Art des ältesten Processes, daß hierbei mehr die Vereinbarung der Parteien, als die Anordnung des Magistrats den Ausschlag gab. Da, wo das Urtheil noch nicht executionsreif war, sondern noch einer Ergänzung durch eine Geldreduction bedurfte, war bis dahin der Verurtheilte nicht *condemnatus,* sondern nur *judicatus* (Rudorff II. § 66), denn erst, nachdem die *aestimatio* hinzugekommen, stand der Verurtheilte auf Einer Linie mit demjenigen Schuldner, welcher nach der rechtsgeschäftlichen Formel: *damnas esto*! executivmäßig gefaßt werden konnte. Vergl. v. Keller Civ.-Proc. § 16. 63; Rudorff II. § 6. 21. 41; v. Bethmann-H. I. S. 63. 104. 150. 154.

Ueber die Worte *Judex* und *Arbiter* s. v. Bethmann-H. I. S. 55. Anm. 5 u. S. 63. Anm. 9 gegenüber Rudorff Schriften d. Feldmesser II. S. 428 u. Röm. R.-Gesch. II. § 6. Anmerk. 9.

Dritte Periode.

Vom ersten Punischen Kriege bis auf Augustus und Labeo.

(ca. 250-1 v. Chr.)

XIX. Kapitel.

Reich und Bevölkerung.

(Zu § 151-160)

I.

Rom's Weltherrschaft.

Zu § **151**] Am Anfang dieser dritten Periode ist Rom Herrscherin der italischen Halbinsel, am Ende derselben Herrin des Erdkreises geworden. Wie das Fatum der antiken Welt, Schritt für Schritt vordringend, dehnt es sich in immer weiteren Kreisen aus, bis es an Meere, Gebirge, Wüsten und auf Barbarenstämme trifft, welche unwirthlich wie das Meer, oder starr wie Gebirge, oder unfruchtbar wie Wüsten sind. Die, auch für die Rechtsgeschichte nicht gleichgültige, Frage liegt nahe, wann dieses Rom mit Bewußtseyn nach dieser Stellung einer Weltenbeherrscherin zu streben anfing. Mommsen (I. S. 668) nimmt an, vor dem Kampfe mit Hannibal habe Rom sein politisches Ziel noch nicht höher gesteckt, als bis zur Beherrschung der italischen Inseln und Meere, und es sei wahrscheinlich, daß auch am Schlusse dieses Kampfes nicht der Gedanke, eine Weltmonarchie zu gründen, sondern nur der, eine gefährliche Nebenbuhlerin unschädlich gemacht zu haben, die Römer erfüllt habe. Doch ein solches Ringen, wie das mit Hannibal, mußte, da es nicht zum Untergang führte, dem Röm. Geist einen Schwung zum Höchsten geben, und ob auch Scipio Aemilianus in seiner berühmten strengen Censur (143, 611 d. St.) das *solenne precationis carmen* beim *lustrum*, d. h. das Gebet um die *salus publica* dahin abänderte, *ut Dei res populi Romani* (statt wie bisher: *meliores amplioresque facerent*) *perpetuo incolumes servarent* (*Val. Max. IV, 1, 10*): so zeigt doch die hellenisirende Neigung der Scipionen, des Flamininus, des Aemilius Paulus, wohin jetzt der Blick Rom's gerichtet war. Nur Seemächte können vernünftigerweise nach der Weltherrschaft streben, Rom aber war jetzt eine Seemacht ersten Rangs geworden; mit der Verbrennung der großen punischen Flotte nach der Schlacht von Zama (202), in den Schlachten am Eurymedon und bei Magnesia (190), wodurch die asiatische Großmacht des Antiochus gestürzt und dessen Kriegsmarine vernichtet ward, sprach es Rom aus, daß es keine Seemacht mehr

neben sich dulden wolle (s. Mommsen I. S. 751—753). Daß von den Römern selbst die punischen Kriege als Anfang der Bahn zur Weltherrschaft angesehen wurden, bezeugt Gellius (10, 27), indem er erzählt: *„In literis veteribus memoria exstat, quod par fuit quondam vigor et acritudo amplitudoque populi Romani atque Poeni; neque immerito aestimatum; nam cum aliis quidem populis de uniuscujusque reipublicae, cum Poenis autem de omnium terrarum imperio decertatum."* Nicht ganz mit demselben Auge sahen die Griechen, welchen doch die hellenistische Osthälfte als die Hauptsache erschien, die Dinge an. Ihnen galt der 3. Makedonische Krieg mit der Schlacht bei Pydna (168 v. Chr.) als der eigentliche Wendepunkt, und in der That könnte diese Schlacht als die Litiscontestation im großen Processe der Röm. Parteien bezeichnet werden, welcher mit dem 1. punischen Kriege eingeleitet und im Laufe dieser Periode innerlich und äußerlich durchgefochten wurde. „Es waren hiermit die hellenistischen Staaten sämmtlich der Röm. Clientel vollständig unterthan geworden und das gesammte Reich Alexanders des Großen, gleich als wäre die Stadt seiner Erben Erbe geworden, an die Röm. Bürgergemeinde gefallen. Von allen Seiten strömten die Könige und die Gesandten nach Rom, um Glück zu wünschen. Von der Schlacht von Pydna rechnet Polybios die Vollendung der Röm. Weltherrschaft. Sie ist in der That die letzte Schlacht, in der ein civilisirter Staat als ebenbürtige Großmacht Rom auf der Wahlstadt gegenüber getreten ist; alle späteren Kämpfe sind Rebellionen oder Kriege gegen Völker, die außerhalb des Kreises der griechisch-röm. Civilisation stehen, gegen s. g. Barbaren. Die ganze civilisirte Welt erkennt fortan in dem Röm. Senat den obersten Gerichtshof. Die Schlacht bei Pydna bezeichnet aber auch zugleich den letzten Moment, wo der Senat noch festhält an der Staatsmaxime, wo irgend möglich jenseit der italischen Meere keine Besitzungen und keine Besatzungen zu übernehmen, sondern jene zahllosen Clientelstaaten durch die bloße politische Suprematie in Ordnung zu halten" (Mommsen I. S. 788). Des Cato senatorischer Refrain: *Denique censeo, Carthaginem esse delendam,* kündigt an, daß Rom die einzige Weltstadt seyn wollte, und eben jene Censur des Scipio (Lange Alterth. I. S. 684. II. S. 302) verräth die Leidenschaft der Welteroberung, welche der reagirende Censor erfolglos rügte. Als Makedonien, Karthago und Achaja (147. 146) zu Röm. Provinzen gemacht wurden, war das Röm. Ziel der Weltherrschaft constatirt und zum vollendeten System in den Röm. Köpfen herangereift. „Zum großen Theil bewegte sich (eben) der Streit der Parteien auf dem Gebiete der äußeren Politik. Die Aristokratie wollte den Staat auf Italien beschränken und von Eroberungen im Ausland nichts wissen; auf Seiten der Opposition dagegen brach zwar entschieden und folgerichtig mit dem alten System erst G. Gracchus, aber verfolgte man doch von Haus aus gleichsam instinctmäßig kühnere Pläne und weitere Ziele. Durchgängig wurde deshalb der Senat beschuldigt, die großen militärischen Erfolge nicht in genügender Weise

genutzt und den ausländischen Gegnern allzu günstige Bedingungen gewährt zu haben. Die wesentliche Differenz dieser Auffassungen kam zuerst zu Tage bei den Verhandlungen über Afrika; wenn Scipio den Karthagern einen verhältnißmäßig günstigen Frieden gewährte, so ward Cato 50 Jahre hindurch nicht müde, ihn und den Senat wegen dieser schwächlichen, wenn nicht landesverrätherischen Politik anzuklagen, bis er im hohen Greisenalter endlich durchdrang, und die Vernichtung des Gemeinwesens der afrikanischen Phöniker erreichte. Dasselbe wiederholte sich wenige Jahre später nach der Niederwerfung Makedoniens; und ohne Zweifel daher schreibt sich die bittere Feindschaft, die Cato den hier im Vordergrunde stehenden Flamininen nicht minder wie den Scipionen bewahrte. Aber zum Ausbruch brachte das lange grollende Gewitter erst der dritte der drei großen Kriege, die in rascher Folge die Römer zu Herren der drei Erdtheile machten, der asiatische; und in diesem waren es wieder wesentlich die Scipionen, die den Krieg führten und den Frieden festsetzten" (Mommsen Hermes I. 1866. S. 185. Röm. Gesch. I. S. 789. II. S. 22. 108.

II.

Rom's Mission unter den Hellenen, Hellenisten und Barbaren.

Zu § **153**] Rom übernahm auf seine Schultern eine ungeheure Aufgabe. Indem es eroberte, beruhigte es die Völker, indem es ihnen die Selbständigkeit nahm, gab es ihnen den Frieden, und nicht bloß als herrschende, sondern wesentlich auch als ordnende Macht zog das Römerthum ein in den annectirten Ländern. Wir greifen einige Züge aus den Mommsenschen Schilderungen des hellenistischen Ostens im 3. Jahrh. v. Chr. heraus.

In dem kleinasiatischen Binnenland hatte sich ein Keltenstaat gebildet. „Hier mitten inne zwischen Bithynien, Paphlagonien, Kappadokien und Phrygien hatten drei keltische Völkerschaften, die Tolistoboger, Tectosagen und Trocmer sich ansässig gemacht, ohne darum weder von der heimischen Sprache und Sitte, noch von ihrer Verfassung und ihrem Freibeuterhandwerk abzulassen. Die 12 Vierfürsten, jeder einem der 4 Cantone eines der 3 Stämme vorgesetzt, bildeten mit ihrem Rath von 300 Männern die höchste Autorität der Nation. Diese rohen aber kräftigen Barbaren waren der allgemeine Schreck der verweichlichten umwohnenden Nationen, ja der asiatischen Großkönige selbst, welche, nachdem manches asiatische Heer von den Kelten war aufgerieben worden, zuletzt selber zur Zinszahlung sich verstanden". — „In dem europäischen Griechenland waren viele der kleinen Staaten, insbesondere die Republiken der Epeiroten, Akarnanen und Boeoter in vielfacher Weise eng an Makedonien geknüpft. Wie es aber da zum Theil (im Innern) aussah, dafür mag als Beispiel dienen, daß bei den Boeotern, wo es freilich am ärgsten zuging, es Sitte geworden war, jedes

Vermögen, das nicht in gerader Linie vererbte, an die Kneipgesellschaften zu vermachen, und es für die Bewerber um die Staatsämter manches Jahrzehnt die erste Wahlbedingung war, daß sie sich verpflichteten, keinem Gläubiger, am wenigsten einem Ausländer, die Ausklagung seiner Schuldner zu gestatten." „In der ätolischen Eidgenossenschaft war das kräftige Nordgriechenthum noch ungebrochen, aber freilich ausgeartet in wüste Zucht- und Regimentlosigkeit — es war Staatsgesetz, daß der ätolische Mann gegen jeden, selbst gegen den mit den Aetolern verbündeten Staat als Reisläufer dienen könne, und auf die dringenden Bitten der übrigen Griechen, dies Unwésen abzustellen, erklärte die ätolische Tagsatzung, eher könne man Aetolien aus Aetolien wegschaffen, als diesen Grundsatz aus ihrem Landrecht." „Das spartanische Soldatenkönigthum stützte sich immer dreister auf die Vagabunden und fahrenden Söldner, denen Nabis nicht bloß die Häuser und Aecker, sondern auch die Frauen und Kinder überwieß, und unterhielt emsig Verbindungen, ja schloß geradezu eine Association zum Seeraub auf gemeinsame Rechnung mit Kreta, der großen Söldner- und Piratenherberge." „Von der beispiellosen Ueberschuldung der Gemeinden wie der Einzelnen (mit Ausnahme des in dieser Hinsicht etwas besser geordneten Peloponnes) ist es schwer, sich einen hinreichenden Begriff zu machen; es kam vor, daß eine Stadt die andere überfiel und ausplünderte, bloß um Geld zu machen, so z. B. die Atheuer Oropos, und bei den Aetolern, Perrhaebern, Thessalern lieferten die Besitzenden und die Nichtbesitzenden sich förmliche Schlachten. Die ärgsten Greuelthaten verstehen sich bei solchen Zuständen von selbst; so wurde bei den Aetolern eine allgemeine Versöhnung verkündet, und ein neuer Landfriede gemacht einzig zu dem Zweck, eine Anzahl von Emigranten in's Garn zu locken und zu ermorden. Die Römer suchten zu vermitteln, aber ihre Gesandten kehrten unverrichteter Sache zurück und meldeten, daß beide Parteien gleich schlecht und die Erbitterung nicht zu bezähmen sei." (Mommsen I. S. 698 —701. 770).

Es war für die Römer selbstverständlich, daß, wo sie nun das Heft in die Hand bekamen, dem flagranten Wirrsal gesteuert ward, kein Proconsul oder Proprätor konnte auf die Dauer thatenlos solchen Mißständen ruhig zusehen, wie sie in obigen Beispielen vor Augen treten. Wir haben u. A. ein unzweideutiges Zeugniß gerade aus der Zeit, wo die Röm. Politik ihre orientalische Wendung nahm, dafür, was auswärts die halt- und friedlosen Völker von den Römern und deren notorischem Ordnungssinn erwarteten. In den Maccabäerbriefen wird erzählt, daß Judas Maccabaeus (um 160 v. Chr.) gegen die Griechen einen Bund mit den Römern schloß, „denn er hatte von ihnen gehört, daß sie sehr mächtig wären und fremde Völker gerne in Schutz nähmen, die Hülfe bei ihnen suchten, und daß sie Treue und Glauben hielten." „Solchen Ernst zeigten sie gegen alle ihre Feinde, daß sie alle diejenigen bezwangen, die sich wider sie setzten. Aber mit den Freun-

den und Bundesgenossen hielten sie guten Frieden und hielten Glauben, und waren mächtig und gefürchtet in allen Landen. Wem sie halfen, der ward geschützt und erhalten bei seinem Königreich; welchen sie aber strafen wollten, der ward von Land und Leuten verjagt, und sie wurden sehr mächtig. Und war solche Tugend bei ihnen, daß sich keiner zum Könige machte, es war auch kein König da, sondern der Rath; das waren 320 Männer, die regiereten wohl. Und jährlich erwählte man einen (!) Anführer, der in allen ihren Landen zu gebieten hatte, dem mußten sie alle gehorsam seyn. Und war keine Hoffahrt, Neid, noch Zwietracht bei ihnen" (1. Maccab. 8). Wir ersehen hieraus: weiter als die Kenntniß der consularischen Verfassung Rom's war das Verständniß seiner Mission gedrungen, die ihm als das Schwert der Obrigkeit von Gott selbst gegeben schien, und aus dem übertriebenen Lob, das höchstens auf das 3., aber nicht mehr auf das 2. Jahrh. paßt, leuchtet das Licht, in welchem der damaligen Völkerbangigkeit das straffe Römerthum erschien: ein in der Dämmerung aufgehender Stern der Ordnung. Man erkannte den Beruf der Römer zum allgemeinen Wächteramt, die unwiderstehliche Kraft ihres Arms und die vertrauenswerthe Festigkeit ihres Wortes. In der That, wenn wir das erobernde Vorgehen Rom's vergleichen mit dem Benehmen der anderen bekannten Staaten untereinander, mit ihren durchlöcherten Bündnissen und willkürlichen Befehdungen, wenn wir blicken auf die zwischen Makedonien, Asien und Aegypten so oft ohne Ursach' und selbst ohne Vorwand geführten Kriege, wo Mächte gegen Mächte losbrachen und die großen die kleinen überraschten und vertilgten, „eben wie die großen Fische die kleinen fressen": da macht die Politik der Römer trotz ihres Egoismus den Eindruck der Civilisation, die Trost- und Bodenlosigkeit des Ostens trotz hellenistischer Tünche den Eindruck moralischer und politischer Barbarei (vergl. Mommsen I. S. 704. 708. 814. 816). Ordentlich lieb gewinnt man auf dieser Folie juristischer Liederlichkeit und politischer Verkommenheit jenes straffe, harte, hausbackene und sparsame Recht des nationalen Rom's, welches erst in dieser Periode anfängt, elastischer und zierlicher zu werden, und man lernt die jugendliche Begeisterung bewundern, mit welcher Rom's Krieger die Tempel und Künste von Hellas schauten.

III.

Rom und der Hellenismus.

Zu § **155**] Noch in der Mitte der vorigen Periode verhalten sich Rom und Hellas äußerlich ganz indifferent zu einander, es ist kaum, als wüßten sie von sich etwas, wenn nicht hier und da berichtet würde, daß von Rom Gesandtschaften nach dem Lande der sacralen Autorität und der legislativen Bildung gegangen seien. Während der Halbhellene Alexander Magnus Griechenland und den Orient erobernd ein Weltreich aufrichtet, ist Rom in Kämpfe um seine Existenz und um

die Hegemonie Italiens gegenüber den Samniten verstrickt: wie verschieden ist das Gepräge beider Erscheinungen der gedachten Weltbühne! keine Spur herüber und hinübergehender Fäden des politischen Lebens ist bemerkbar. Und nun in der gegenwärtigen Periode? Der Hellenismus wird da mit zur Signatur der Zeit, Rom tritt ein in das aus der Diadochenzeit resultirende hellenistische Staatensystem, und schon am Ende dieser Periode ist es der anerkannte Mittelpunkt dieses Systems. Die Herrscherin des Erdkreises war die Erbin der Alexandrinisch-Hellenischen Welt geworden, und der Geist dieser ging allmählich in sie über.

Unter den Knotenpunkten des damaligen Weltverkehrs stehen neben Rom namentlich Massilia, Alexandria, Antiochia, Ephesus, Byzanz und eine Zeit lang Korinth, lauter Hellenistenstädte, neben welchen etwa Delos im Osten, Puteoli in Italien und Carthago Nova in Hispanien noch genannt werden können. Von jenen wurden in unablässiger Strömung griechischer Geist und orientalischer Luxus nach dem Westen verbreitet, und Rom war selbstverständlich die Centralstätte dieser lockenden und zugleich schlaff machenden Propaganda. Der aus Euripides und Menander geistig abgezogene kosmopolitische Hellenismus drang durch mancherlei Canäle in das Römerthum ein; T. Flamininus (194), Fulv. Nobilior (187), L. Aemil. Paulus (167) füllten die öffentlichen Gebäude Rom's mit den Meisterwerken des griechischen Meisels (s. Mommsen I. S. 950. 956).

Es ist eine der reizendsten Scenen im Drama der Weltgeschichte, wie die Röm. Staatsmänner dem wetterwendischen und reizbaren Temperament der hellenischen Staatenwelt eine Geduld und Großmuth entgegenbringen, welche durch Nichts außer Fassung kommt (vergl. Mommsen I. S. 725. 729. II. S. 43. 45. 48). Wie der stolze, selbstbewußte, thatkräftige Mann um das zarte, schwanke und anmuthige Weib wirbt, so mühte Rom sich um den Zauber, der über das Vaterland der Helena ausgebreitet lag; die Freierklärung der Hellenen durch Flamininus gleicht einem olympischen Mythus mitten im Schatten barbarischer Vernichtungskriege, und ist die Huldigung des Ares, welcher eben von der Besiegung des Makedoniers kommt, um die Trophäe der Völkerfreiheit der hellenischen Aphrodite zu Füßen zu legen. Was Wunder, daß der Mannessinn der Römer nicht sofort begriff, daß das männliche Geschenk politischer Freiheit an ein Weib nur Verschwendung sei! — Unter demselben Gesichtspunkt werden wir auch geneigt seyn, mild zu urtheilen über die sonst abenteuerliche Art und Weise, wie die Römer sich den Proceß innerlicher Annäherung ihres Wesens an den Hellenismus formulirten oder formuliren ließen. Schon Ennius, von Sueton als Semigraecus bezeichnet, hatte sich von Einmischung hellenischer Ideen und Traditionen, die besonders in den ersten Büchern seines annalistischen Epos erkennbar sind, nicht frei gehalten. Es konnte den Römern, als sie sich neben den Hellenen und gegenüber den barbarischen Völkern Nordeuropa's und Afrika's sahen, nicht ent-

geben, daß sie mit den ersteren durch ein besonderes Band ethnischer Verwandtschaft zusammenhingen. Als die Römer durch einen glücklichen Kriegszug die illyrische Piraterie vernichtet und eine Anzahl hellenischer Städte befreit hatten (229), wurden sie von den Hellenen zu den isthmischen Spielen und den eleusinischen Mysterien feierlich zugelassen und so aus „Barbaren gleichsam zu Hellenen“ erklärt. Auch griechische Geschichtsschreiber kamen dann den Römern vielfach entgegen; so schrieb Dionys. von Halikarnaß (7 v. Chr.), die Römer seien hellenischen Bluts, sie hätten sich schon in alter Zeit hellenischer Schriftzeichen bedient und sprächen eine halbhellenische Sprache, Rom sei eine hellenische Stadt, wie selbst aus den Röm. Spielen zu erkennen sei (I, 4. 89. 90; IV, 26; VII, 70), und weitläufig setzte er (I, 61) auseinander, daß die Römer wegen ihrer troischen Beimischung als Hellenen anzusehen seien (s. Schwegler Röm. Gesch. I. S. 99). Dies ist überhaupt der Sinn der Lavinischen Aeneassage.

Rom folgte zunächst der Neigung vieler italischer Städte, ihren Ursprung an Figuren der griechischen Mythologie und besonders des troischen Heldenkreises anzuknüpfen. Der Name des Diomedes, des Ulysses, des Philoktet taucht in den Gründungssagen italischer Städte häufig auf, und mancher Ort galt als troische Ansiedelung (Schweg. I. S. 310). „Ueber Rom's vermeintlichen Zusammenhang mit Troja ist Timaeos auf Sicilien, der sein Geschichtswerk i. J. 262 schloß, der erste vollgültige Zeuge, unter den Römern selbst aber der Dichter Naevius der älteste Zeuge dafür, und zur Zeit des ersten punischen Kriegs muß der Glaube an die troische Abstammung des Röm. Volks schon sehr festgewurzelt gewesen seyn, da von dieser Zeit an officieller Gebrauch davon gemacht wird ... Dem König Seleucus sagten die Römer Freundschaft und Bundesgenossenschaft nur unter der Bedingung zu, daß er den Iliern, den Blutsverwandten des Röm. Volks, alle Abgaben erlasse. Besondere Veranlassung zur Ausmalung der Aeneassage gab das Emporkommen der Julier. Cäsar gedachte sogar, wie wenigstens das Gerücht behauptete, den Sitz des Reichs nach Ilium zu verlegen. Er beschenkte die Ilier mit Land und Abgabenfreiheit“ (Schwegler I. S. 305). So war die vielleicht von Cumae her importirte Sage trotz ihres künstlichen Ursprungs zum Staatsglauben der Römer erhoben worden. Viele vornehme Familien, so die Caecilier, Mummier, Junier, führten ihr Geschlecht auf Genossen des Aeneas, die Aemilier und Julier auf Aeneas selbst zurück, ja den dynastischen Hoffnungen Caesars mußte diese aeneadische Abstammung zur Verleihung des Nimbus ehrwürdiger Legitimität dienen (Schwegler I. S. 16. 335). Als Trojersöhne fühlten sich die Römer den Hellenen verwandt und ebenbürtig, dem Orient und seiner glänzenden Cultur genähert und schließlich zur Oberherrschaft über die civilisirte Welt beglaubigt (s. Mommsen I. S. 471—3).

IV.

Sklaverei.

Zu § **156**] Die Sklaverei ist ein Hauptstück des Alterthums und ihre Geschichte unter Röm. Herrschaft besonders interessant. Daß die classischen Völker die Besiegten nicht vernichteten, sondern retteten, indem sie sie unterjochten, bezeichnet einen Fortschritt der Humanität; vermöge ihrer körperlichen und geistigen Kräfte wurden die Sklaven die Maschinen im antiken Verkehr, und durch den in ihnen vorzugsweise ausgeprägten Rassengegensatz die Folie der vollen Menschenwürde, zu welcher es der damalige Gebildete nicht rein durch sich, sondern nur im Gegensatz zu Niedrigeren brachte. Das Sklaventhum trägt in das Verkehrsbild des Alterthums jene interessanten Schattirungen hinein, welche dem Bilde erst sein rechtes Leben verleihen, aber es wird auch zum Abgrund des socialen Unheils, in welchem endlich das antike Volksthum sein Grab findet.

Eroberung und Kauf waren die beiden Erwerbstypen. Nach des Regulus erster Landung in Afrika (256) wurden nicht weniger als 20,000 Sklaven nach Rom geführt und da verkauft (Mommsen I. S. 528). „Den Hauptsitz des Gewerbes, durch Gefangennehmung oder Raub freie Menschen gleichwie fremde Sklaven zu einer Marktwaare zu machen, bildeten die Gebiete der räuberischen Volksstämme, die als Grenznachbarn die Röm. Provinzen umgaben, oder auch als zweifelhafte Unterthanen und Befreundete der Röm. Herrschaft, innerhalb des Provinzialgebietes geduldet werden mußten, und durch ihre gefährlichen Raubzüge Land und Meer gefährdeten. Besonders waren es die Kretenser, die den Seeraub in größerer Ausdehnung übten und ihre Insel als Niederlageplatz benutzten für die von den benachbarten Piraten aufgebrachten Raubgüter. Die Insel leistete den Waffen Rom's 2 Jahre lang Widerstand, bevor sie sich an Q. Metellus Creticus ergab" (68). Nicht minder hartnäckig trieben schon von Alters her einzelne Landschaften des benachbarten Continents von Asien den Seeraub, namentlich Cicilien und Isaurien. Bald bildeten diese Bezeichnungen Collectivnamen für sämmtliche Piraten des Mittelmeers. *Plut. Sertor. c. 9., Caesar c. 2.* (Drumann Röm. Gesch. IV. S. 393. 398). Die Römer duldeten anfangs das Gewerbe dieser Piraten, durch welche ihre Sklavenmärkte reichlich versorgt wurden. Strabo Geograph. XIV. 4. § 2 berichtet, daß nach der Zerstörung Korinths und Karthago's große Reichthümer in Rom zusammengeflossen seien, und der steigende Luxus die Nachfrage nach Sklaven unendlich vermehrt habe. Zur Befriedigung dieses Bedürfnisses seien die Mittel vornehmlich durch die Lieferungen der Seeräuber den Sklavenmärkten gesichert worden. Erst als die Röm. Waffen jenseits des Taurus sich ausgebreitet hatten, seien die Römer genöthigt gewesen, jenen Räuberverkehr in der unmittelbaren Nachbarschaft ihres Gebiets nicht länger zu dulden (Heeren histor. Werke, XI. S. 296). Gleichwohl setzten einzelne Volks-

stämme das Lieferungsgeschäft für die Sklavenmärkte der Römer fort, und man forschte nicht ängstlich nach den Mitteln, durch welche sie zu ihrer Waare gelangten. Dies galt namentlich von den Cappadociern. *Spartian.* in *Hadr. c. 13.* — In ähnlicher Weise, wie der Seeraub, war das Betreiben von Räubereien auf dem festen Lande in einigen Provinzen der Römer vorzugsweise verbreitet: Hispanien, Lusitanien, bei den Alpenvölkern an den Grenzen Galliens, den Thraciern, Skordiskern insbesondere, und den Illyriern. Die Sklaven von epirotischer Abstammung wurden von den Römern vorzugsweise geschätzt (vergl. Drumann II. S. 68. 180. 445. 453. III. S. 225. 265. IV. S. 362). Noch Strabo und Plinius (*hist. nat. 3, 26*) bezeichnen unter den Inseln des ionischen Meerbusens, sowie auf dem benachbarten Küstengebiete, einige minder bedeutende Punkte als die Niederlagen eines ausgedehnten Betriebs des Piratengewerbes, und verschiedene Landschaften des asiatischen Continents waren unter den ersten Kaisern verrufen wegen der frechen Räubereien, welche deren Bewohner auf dem Lande sowie zur See vollführten.“ *Seneca Controvers. 1, 2.* — Dirksen, die Quellen der Römischrechtlichen Theorie von der Auslösung der in fremde Gefangenschaft gerathenen Personen; in d. Abhandl. der Berl. Akad. d. Wiss. Philosophisch-hist. Classe. 1858. S. 96—99.

V.

Stand der Bevölkerung.

Zu § **158**] Zumpt bestreitet mit Wallace den Satz, daß die Bevölkerung der alten Welt in der Zeit der Antonine am stärksten gewesen sei, und sucht nachzuweisen, daß die Blüte der physischen Kraft der Völker im Alterthum der Blüte ihrer geistigen Cultur vorangegangen, und daß nach diesem Höhepunkt der physischen Kraft infolge der vernichtenden Kriege und der wachsenden Ehe- und Sittenlosigkeit eine immer größere Entvölkerung eingetreten sei, die endlich zum Untergang der alten Welt geführt habe. Für Griechenland setzte er jenen Höhepunkt in die Zeit der Perserkriege, für Italien etwa 100 Jahre später in die Zeit, als Rom durch Beilegung des Kampfes zwischen den Patriciern und Plebejern zur inneren Einheit gelangt war. Eine specielle Berechnung der Bevölkerung wagt Zumpt nicht; doch vermuthet er, daß Italien um 225 v. Chr. an Seelenzahl dem heutigen Italien nicht viel nachstand. Es ist die Zeit zwischen dem 1. u. 2. punischen Kriege, als die Römer gegen die Gallier am Po Krieg führten und ein weiteres Vordringen ihrer Feinde fürchteten. Es ist dies die Zeit, welche späteren Röm. Autoren, ebenso wie den Griechen die Zeit der Perserkriege, als Maßstab der ehemaligen Kraft Italiens galt. Durch das übereinstimmende Zeugniß der alten Historiker ist erwiesen, daß die Römer mit ihren Bundesgenossen 210,000 Mann damals unter Waffen hatten, und daß die Zahl der zum Waffendienst Verpflichteten 770 bis 800,000 Mann betrug. — Zumpt, Ueber den Stand der Bevölkerung

und die Volksvermehrung im Alterthum; in den Abh. d. Berl. Akad. 1841. S. 20ff. Vergl. Mommsen II. S. 403.

VI.

Nobilität und Ritterschaft.

Zu § **159**] Mit der neuen Nobilität als vollendetem Gebilde treten wir in die dritte Periode ein. Die Umbildung hatte längst begonnen. Schon zur Zeit der *leges Publiliae* des Q. Publilius Philo (339), der selbst erster plebejischer Prätor ward, hatte sich gezeigt, daß, während innerhalb des Patriciats Feindschaften, wie die zwischen Papirius Cursor und Q. Fabius Rullianus, zersetzend wirkten, patricische und plebejische *nobiles* einig waren, wenn es galt, trotz des Plebiscits v. 342 die bedeutendsten Feldherren vorzeitig wieder zu Consuln zu wählen: eine Auszeichnung, die sowohl dem Patricier Papir. Cursor als auch dem Plebejer Publ. Philo mehrmals zu Theil ward. Es scheint, daß namentlich Letzterer durch seine *leges* und durch die Energie, mit welcher er die Consequenzen derselben zog, einen wichtigen Antheil an der thatsächlichen Entwicklung der Verfassungszustände gehabt und zur Ausbildung der Nobilität einen bedeutenden Anstoß gegeben habe (s. Lange Röm. Alterth. II. S. 42. 61. 65). Die Censur des Appius Claudius 312 war ein Protest gegen die Ueberhebung der plebejischen Nobilität, worauf dann wieder die Reaction folgte, welche sich an den Namen des Fabius Maximus (303) knüpft: dieser stellte das frühere Gleichgewicht in der Nobilität wieder her und legte durch Einrichtung der jährlichen Festparade der Ritter (*transvectio equitum*) den Grund zur Ausbildung des Ritterstandes als eines über das Volk emporragenden Standes der Höchstbegüterten. Endlich wurde durch die *lex Ogulnia* und *lex Valeria de provocatione* (300) der Schlußstein in den Nobilitätsbau eingesetzt. Nun konnte die Eintracht der Nobilität als festbegründet, und das Regiment derselben über Volk und Magistrate als thatsächlich gesichert gelten (Lange II. S. 66. 78—87).

„Daß der gentilicische Namenzwang für die Plebejer nicht rechtlich von Haus aus bestand, folgt nicht bloß daraus, daß der gentilicische Verband sie überhaupt nicht einschloß, sondern es wird auch von jenen Decreten, die einzelne Vornamen gewissen Geschlechtern untersagten, ausdrücklich und wiederholt bemerkt, daß sie sich nur auf die patricischen Gentilen bezogen. Aber die ganze Entwicklung des Plebejerthums besteht in dem allmählichen Ansichnehmen der patricischen Reservatrechte, mit welchen die adeligen Freiheitsbeschränkungen bis zu einem gewissen Grade unzertrennlich verknüpft waren. Die Neubürgerschaft, namentlich die plebejische Nobilität hat in allem Uebrigen sich nach dem Muster der Altbürgerschaft gleichsam in Geschlechter constituirt und ihr Erbrecht nach der patricischen Agnation und Gentilität gestaltet, obwohl beide Begriffe nach ältestem Recht auf Plebejer sicher keine Anwendung litten. Es war nur folgerecht, auch die

patricische Namenordnung in der Art auf die Plebs zu übertragen, daß die plebejische Quasi-Gens so gut wie die wirkliche patricische, sich nicht bloß einen geschlosssenen Kreis von Vornamen setzte, sondern diese auch ausschließlich aus jenen 15 allgemein gültigen auslas; und so finden wir es." Mommsen Röm. Forschungen (Berl. 1864) S. 27—29.

Die Ritterschaft blieb lange ein Organ der Nobilität, indem sie — unter ihnen die Senatoren selbst — die Elite des Volks darstellte. Allein mit der Ausbildung der Capitalien und des Staatspachtsystems entwickelten sich specifische Interessen der Reichen, die oft in Conflikt mit den Zwecken der regierenden Aristokratie traten: so geschah es, daß der Ritterstand sich vom Senatorenstand ablöste, und dann das Schwanken der Staatsmaschine zwischen Optimaten und Popularen bald vermehren, bald vermindern half. Vergl. Schwegler Röm. Gesch. II. S. 673.

VII.

Individualismus.

Zu § 160] Im letzten Drittheil der vorigen Periode schien ein einzelnes Geschlecht sich der Spitze des Röm. Staatswesens bemächtigen zu wollen: die *Gens Fabia* dieser Zeit — schon früher einmal (485—479) der Ausbildung eines oligarchischen Regiments nahe: s. Lange Röm. Alterth. I. S. 526 — ist wie eine Weissagung auf die *Gens Julia*, mit welcher Rom in die vierte Periode eintritt. Q. Fabius Maximus war der Restaurator d. J. 305; sein Vater Rullianus, er selbst und sein Sohn Gurges waren nach einander *principes Senatus*, der Gedanke einer oligarchischen Familienpolitik lag nahe genug: noch widerstand aber der eigene Gemeinsinn der Fabier selbst (Lange II. S. 89). Anders ward es in der dritten Periode, in welcher Rom einen wesentlich neuen Karakter zeigt.

An Fülle extensiver Bethätigungen wächst der Röm. Nationalgeist, aber man wird es bald gewahr, daß er über den Höhepunkt seiner intensiven Lebenskraft hinaus kommt. Die vorige Periode war die kraftvollste, diese ist die glänzendste Zeit Rom's. Die Situationen werden grandioser, aber die Karaktere an ihrer Spitze sind nicht mehr so geschlossen, in sich gerundet und patriotisch selbstlos. Dafür tritt Rom nun mit gesammelter Manneskraft auf die breitere Bahn der Völkergeschichte, und an seinem Schalten und Walten in derselben erkennt man, wie aus der entschwindenden Blütenwelt der vorigen Periode die reifen Früchte hervorgehen, die Früchte einer festgefügten gesetzlichen Ordnung für den wirren Erdkreis. In demselben Maße, als der Röm. Genius sich der allgemeinen Strömung des civilisirten Menschenthums jener Zeit erschließt, werden auch die Situationen und Karaktere Rom's unserm geschichtlichen Auge näher gerückt und unsrem modernen Sinn verständlicher; der ideale Schwung ermattet, es folgt die Zeit der praktischen Ergebnisse und der realistischen Zwecke. Für die Syste-

matik weltlicher Zweckmäßigkeit wird das antike Rom immer Muster bleiben; sein politisches Weltsystem aber hat es vornehmlich in dieser 3. Periode aufgebaut, und wir müssen an dieser Arbeit bewundern, wie die Elemente eines socialen und politischen Individualismus Raum und Geltung finden innerhalb des so festen und strengen Rahmens, der sich nun zugleich als fast in's Unendliche dehnbar erweist. — Vergl. Mommsen I. S. 458.*

Diese Entwicklung des Individualismus zeigt sich namentlich an der Art der jetzt hervorragenden und maßgebenden Persönlichkeiten. Solche Heldennaturen, an denen die vorige Periode merkwürdig reich war, treten fast gar nicht mehr auf: die großen Geister der 3. Periode tragen schon ein verhältnißmäßig modernes Gepräge; sie sind nicht mehr Römer im alten Sinne, d. h. nicht mehr Repräsentanten des nationalen Geistes und Organe der gemeinsinnigen Triebe des Volksthums, sondern hellenistisch gebildete Welteroberer, Köpfe voll individueller Ideen, befähigt zu glänzenden Thaten nach Außen und geneigt zu politischen Experimenten im Innern. Die Römer alten Schlags, wie Cato der Sabiner, oder Q. Metellus der unbeugsame Feldherr (Mommsen II. S. 149. 206) oder Livius Drusus ein Aristokrat im edelsten Sinne (Mommsen II. S. 215), wurden immer seltner; M. Claudius Marcellus, unter dessen erprobtem Feldherrntalent Rom gegenüber Hannibal wieder aufzuathmen begann, nahm sich schon damals unter den bedeutenderen Männern als eine seltne Erscheinung alten Styls aus (Mommsen I. S. 622). Immer entschiedener concentriren und verkörpern sich die Staatsmaximen und Parteiinteressen in hervorragenden Persönlichkeiten. Das Gemeinwesen beginnt sich innerlich zu lösen, die Individuen treten mehr auseinander, und so entsteht das Bedürfniß einer künstlichen Zusammenfassung der Parteidisciplin, die endlich zum Imperatorenthum führt.

XX. Kapitel.

II. Politische Verfassung.

(Zu § 161-176)

I.

Die Centurienreform.

Zu § **164**] Es herrscht über den Anfängen der 3. Periode ein eigenthümlicher Unstern (Verlust der 2. Decade des Livius!). So bedeutend der Umschwung ist, welchen in dieser Zeit das Röm. Leben theils nachweisbar, theils vermuthlich nahm, dennoch ist die rechtsgeschichtliche Doctrin immer verhältnißmäßig theilnahmlos an diesem Wendepunkt vorübergeeilt,** und nun, da wir uns entschließen, hier Halt zu machen, müssen wir uns gestehen, wie schwankend der Boden

*) Dazu s. Excurs III a E. zum folg. Kap.

**) s. Cursus § 67.

ist, auf welchem wir Halt machen. Wieviel Wolkenschatten schwebt noch über dem von hier sich ausdehnenden Gefilde der Röm. Provinzialwelt, über dem Begriff der *provincia*, über der Erweiterung und Umgestaltung dieses Begriffs, über den Anfängen und der Entwicklung der neuen Institution der *prorogationes imperii!* Welche Unvollständigkeit der Einsicht in den complicirten Receptionsproceß des *jus gentium** verdunkelt hier unsern Umblick! Welche Zweifel bestehen noch über das Auftreten der processualen *formulae* und die Zeit der *lex Aebutia!* Und ebenso überkommt uns ein Gefühl der Unsicherheit, wenn wir vor die Frage treten, in welchen Zeitpunkt das wichtigste Ereigniß der Comitiengeschichte in den letzten Jahrhunderten der Republik fällt.

Die Controvers der Centurienreform ist alten Datums. „Die erste Untersuchung über die Reform der Centuriatcomitien stellte Octavius Pantagathus an (s. Lange Alterth. II. S. 439), dessen Ansicht wir nur aus der Anmerkung von Ursinus zu Livius I, 43 kennen. Ueber die neuere Literatur bis 1841 gibt Gerlach Histor. Studien I. S. 345 eine kritische Uebersicht. Was in dieser Untersuchung, die zu einem für Alle überzeugenden Ergebnisse vielleicht niemals gelangen wird, bis jetzt gewonnen ist, verdankt man vorzugsweise den trefflichen Arbeiten von Huschke, Peter, Mommsen und Gerlach, welche obwohl alle zu verschiedenen Resultaten gelangend, doch den jetzigen Standpunkt klar entwickelt und alle Combination in Betreff derselben nach allen Seiten hin erschöpft haben.“ Marquardt Alterth. II. 3. S. 9 bis 11. Unsere Darstellung im Cursus (§ 164) hat sich der Ausführung Lange's angeschlossen, aus welcher hier noch Folgendes entnommen wird: „Die Beibehaltung der servianischen *distributio centuriarum* unter die 5 Classen und des servianischen Princips in der Feststellung der Censussätze mußte bei der Vermehrung des Reichthums (Liv. 24, 11) in den Händen von verhältnißmäßig Wenigen und der massenhaften Vermehrung der Armen den Mißstand immer fühlbarer werden lassen, daß eine, vom Standpunkt des in den Tributcomitien herrschenden Princips der Kopfzahl angesehen, sehr unbedeutende Minorität des Volks in den 18 Reitercenturien und den 80 *centuriae peditum* der 1. Classe, wenn unter sich einig, den Willen des Volks darstellte und das Stimmrecht der bei Weitem überwiegenden Majorität des Volks illusorisch machte (*Cic. de republ. 2, 22*). Dazu kam, daß seit der Einführung der Soldzahlung von Staatswegen (405 v. Chr.) und der dadurch möglich gewordenen Heeresreform des Camillus der Kriegsdienst zwar noch nicht ganz vom Census, aber doch von der *distributio centuriarum* abgelöst war, dergestalt, daß das numerische Verhältniß, in welchem die Bürger der einzelnen Classen nach dem Princip der Kopfzahl zum Kriegsdienst herangezogen wurden, nicht mehr dem numerischen Verhältnisse der Centurien der einzelnen Classen entsprach. Diese Vermehrung der Pflichten gab aber den unteren Classen einen billigen Anspruch auf Verbesserung ihrer politischen Rechte, insbesondere ihres

*) s. Cursus § 184.

jus suffragii in den Centuriatcomitien. Dennoch bestand (abgesehen von der *centuria capite censorum*) die servianische Form nach Dionys. 4,21 viele Generationen hindurch unverändert fort.“ (Lange II. S. 428). „In politischer Hinsicht ward durch die Reform in der That ein mehr demokratischer Karakter erzielt. Denn erstens war der höchst bedeutsame Einfluß der Prärogative (*Cic. Planc. 20, 49; de div. 1, 45*) der Geldaristokratie und damit zugleich auch der Nobilität entzogen; zweitens war das Stimmrecht der ärmeren Bürger dergestalt verbessert, daß eine entscheidende Majorität nicht mehr durch eine einmüthige Abstimmung der 1. Classe, sondern nur durch die Einmüthigkeit von mindestens 3 Classen herbeigeführt werden konnte; drittens war durch die Unterordnung der Classen und Centurien unter die Tribus der Interessengemeinschaft der Tribulen untereinander (Liv. 8, 37; 29, 37) ein Spielraum gegönnt, so daß jener in den Tributcomitien allein maßgebende Zusammenhang selbst in den Centuriatcomitien, namentlich bei der Zunahme des Ambitus, den Einfluß der Classenunterschiede überwog, oder wenigstens paralysirte. Dennoch ist auch die nach dem censorischen Ursprunge der Reform zu erwartende Mischung mit aristokratisch-conservativen Elementen nicht zu verkennen. Denn erstens war die Prärogative nicht in die Hände der zugleich radical gesinnten und persönlich abhängigen ärmeren Bürger, sondern in die des conservativen und unabhängigen Mittelstandes gelegt; zweitens war das bessere Stimmrecht der 1. Classe durch Fortdauer des abgesonderten Stimmrechts der 18 Reitercenturien erhalten; drittens hatten wenigstens innerhalb jeder Tribus die Classenunterschiede nach den Censussätzen insofern noch volle Bedeutung, als eine geringe Zahl von Bürgern erster Classe eben so viel Einfluß besaß, als eine größere Zahl von Bürgern zweiter Classe u. s. w.; viertens endlich war auch die Begünstigung des reiferen Alters vor der Jugend rücksichtlich des Stimmrechts gewahrt. Mit Recht konnte daher noch Cicero sagen (*de leg. 3, 19*): *Descriptus populus censu ordinibus aetatibus plus adhibet ad suffragium consilii, quam fuse in tribus convocatus.* Daß eine so karakterisirte Reform in der That nur in das Zeitalter vor dem 2. punischen Kriege paßt, wird kaum noch in Frage gestellt werden können“ (Lange II. S. 443).

Jedenfalls kann die Reform nicht so bald nach Vertreibung der Könige stattgefunden haben. „Ebensowenig stimmt die demokratische Tendenz der Reform zu dem aristokratischen Geiste, in welchem die Decemvirn ihr Gesetzgebungswerk ausführten. Liv. 10, 22 (Erwähnung der Prärogative der 18 Reitercenturien) hindert auch, die Reform in die Censur des Appius Claudius Caecus oder in die des Q. Fabius Maximus zu setzen. Gegen diese Ansätze spricht übrigens das Stillschweigen des Livius und des Dionysius bei der Erzählung der Ereignisse der betreffenden Zeitpunkte: ein Stillschweigen, das in der That beweisend ist, weil beide Schriftsteller die Reform kennen und bei Gelegenheit der servianischen Verfassung beiläufig erwähnen. Da nun Livius in der

ist, auf welchem wir Halt machen. Wieviel Wolk ...ezt (Liv. 24, 7—9),
noch über dem von hier sich ausdehnenden Ge‘ ... den Consularcomitien
zialwelt, über dem Begriff der *provincia*, über ... daß die Reform in der
gestaltung dieses Begriffs, über den An‘ ... 262—218 stattgefunden
der neuen Institution der *prorogatione* ... nden, die von Livius (1, 43)
keit der Einsicht in den complicirten ... urienreform gegebene Zeitbe-
verdunkelt hier unsern Umblick! ... (*i. J.* 241), obwohl dieselbe nicht
das Auftreten der processualen ... Einrichtung bezogen zu werden
Und ebenso überkommt uns e ... hen. Demnach hat also die Reform
die Frage treten, in welche ... der Zeit zwischen 241 und 218 statt-
mitiengeschichte in den l ... diesen Zeitraum fallenden Censuren
Die Controvers der ... weien schwanken, der des Flaminius und
Untersuchung über d ... der des Aurelius Cotta und Fabius Buteo
Pantagathus an (s. ... 429—432.)
aus der Anmerku
neuere Literatur
kritische Uebe

II.

Alle überzeu ... Die Tributcomitien und die demokratische
jetzt gewo ... Volkssouveränetät.

ten von F
alle zu
punkt
allen
bis
ru
n

Zu § 166. „Die *lex Hortensia* bezeichnet den Gipfelpunkt in der Entwicklung der Volkssouveränetät auf dem Gebiete der Legislation. Die gesetzgebende Gewalt der Tributcomitien, die durch die *lex sacrata* der *I. secessio* in's Leben gerufen, die darauf durch die *lex Valeria Horatia* zwar nur bedingt, aber in einer von den Banden des alten Familienrechts freien Weise anerkannt, die sodann durch die *lex Publilia* für eine zur Ablehnung berechtigte Instanz über den Magistraten und dem Senate auf dem Gebiete der Staatsverwaltung erklärt worden war: sie war durch die *lex Hortensia* als zweifellos und unbedingt oberste Instanz überhaupt proclamirt. Die *patrum auctoritas*, aus der sich die staatliche Gesetzgebung entwickelt hatte, war als eine abgenützte Schale bei Seite geworfen. Während der Antheil der Patricier an der Gesetzgebung auf Null reducirt, der Antheil des Senats daran precärer als zuvor geworden war, hatte das Volk, und zwar das innerhalb der Tribus *viritim* stimmende Volk in der That die höchste Entscheidung über die Gesetze. Die Verfassung des Röm. Staats war in der That, wenn man den gleichzeitigen Zustand der richterlichen und der Wahlcompetenz des Volks erwägt, Demokratie (Polyb. 6, 14). Um indessen übertriebene Vorstellungen fern zu halten, darf man nicht vergessen, daß es dem Volke thatsächlich nicht möglich war, von seiner Souveränetät den Gebrauch zu machen, der ihm theoretisch zustand. Die Verwaltung mußte das Volk, wie die Gerichtsbarkeit, zum größten Theil den Magistraten und dem Senat überlassen, weil die Zeit gar nicht ausgereicht haben würde, um wegen aller, selbst nur aller bedeutenderen Verwaltungsmaßregeln die Tributcomitien zu berufen. Meist begnügten sich die Tribunen als Wortführer des souveränen Volkes, nur bei Fragen von principieller Bedeutung die Souveränetät des Volkes zu

'ıch die Entwicklung des Privatrechts entzog sich theilweise
·z des Volks infolge des Einflusses, den das prätorische
'hlich auch Senatusconsulte darauf gewannen. Rück-
'srechts endlich machte sich die Macht thatsächlicher
e Weise geltend, daß die theoretische Souveräne-
der Praxis jenen Entwicklungen dienstbar wurde.
.r darf nicht übersehen werden, daß bei jeder einzelnen
, der Volkssouveränetät auf dem Gebiete der Legislation
ıative der Magistrate, mochte sie mit oder ohne Geneh-
.g des Senats erfolgen, nicht bloß formell ebenso bedeutend war,
.e der *jussus populi*, sondern materiell sogar bedeutender. Dadurch wurde es möglich, daß die Tributcomitien in der Zeit nach der *lex Hortensia* trotz ihrer in der Theorie unbestreitbaren legislativen Omnipotenz thatsächlich zu einer anfangs von der Nobilität, später von Factionen und einzelnen Demagogen in Bewegung gesetzten Gesetzgebungsmaschinerie herabsanken. Wurde dieselbe gelegentlich auch gegen den Willen der Nobilität oder der jeweilig herrschenden Partei in Bewegung gesetzt, so fehlte es dann auch nicht an politischen oder religiösen Handhaben, um eine unabhängige Aeußerung des Volkswillens im Entstehen zu unterdrücken (Intercession und Obnuntiation: Lange I. S. 704) oder nachträglich wenigstens wegen vorgefallener Formfehler zu annulliren (*Cic. pr. dom. 16, 41; Phil. 11, 6; de leg. 2, 6*)." Lange II. S. 550. 551.

„Verschieden von dem Rechte der Tributcomitien zur Wahl der plebejischen Beamten unter dem Vorsitz der Tribunen ist dasjenige Wahlrecht, welches sie rücksichtlich der *magistratus minores* und *extraordinarii* unter dem Vorsitze der Consuln und Prätoren übten. Dieses Recht haben sie nicht auf Kosten der Centuriat- oder Curiatcomitien, die es nie besaßen, sondern auf Kosten der mit dem *imperium* bekleideten Magistrate erworben. Denn diese, durch das *imperium* zur Ernennung ihrer Diener und Hülfsbeamten berechtigt, überließen in freiwilliger oder gesetzlich erzwungener Anerkennung der Souveränetät des Volkes den Tributcomitien die Designation der Personen, welche sie selbst sodann kraft der *lex curiata de imperio*, in der daher auch später noch das eigentliche Recht der *magistratus minores* zu wurzeln schien (Lange I. S. 333), zu dem betreffenden Amte bestellten." „Dieses Wahlrecht der Tributcomitien ist ein fast noch entschiedneres Symptom der Volkssouveränetät, als das der Centuriatcomitien, weil es auf einer directen Unterordnung der hohen Magistratur unter den Willen des Volks beruht, und weil dieser Wille, seitdem jene Unterordnung gesetzlich nothwendig war, unbedingt galt, ohne an eine Bestätigung der Curiatcomitien gebunden zu sein . . . Je stärker die Souveränetät des Volks in den Tributcomitien hervortrat, desto gleichgültiger wurde der anfänglich wichtige Unterschied rücksichtlich des Präsidiums bei diesen Wahlcomitien. Daher einerseits die Irregularität, daß Glaucia als Prätor (*App. bell. civ. 1, 28*) und Cäsar als Dictator (*Suet. Caes. 76*)

bei der Wahl der Tribunen präsidirten, und daß die Wahl der plebejischen Aedilen mit der der curulischen vereinigt wurde, anderseits der gelegentlich sogar durch den Senat veranlaßte (Liv. 27, 5) Vorsitz der Tribunen bei Wahlen von *magistratus extraordinarii.* — Man kann das Wahlrecht der Tributcomitien, soweit es den *magistratus minores* und *extraordinarii* galt, als einen Eingriff in die der hohen Magistratur im Einverständnisse mit dem Senat zustehende *administratio rei publicae* betrachten. Es ist in dieser Beziehung durchaus analog der legislativen Competenz der Tributcomitien auf dem Gebiete der Verwaltungsangelegenheiten. Und wie wir finden, daß die Souveränetät der durchaus weltlichen Tributcomitien sich sogar in einigen Punkten der Administration des Religionswesens bemächtigte, so war es nur eine Consequenz davon, wenn die Tributcomitien auch auf die Besetzung priesterlicher Aemter Einfluß zu gewinnen suchten. In der That ist es den Tributcomitien gelungen, wenigstens bei denjenigen priesterlichen Aemtern, die von politischer Bedeutung waren, eine Art von Wahlrecht auszuüben, was ein um so bemerkenswertheres Zeichen ihrer Souveränetät ist, als selbst die Curiatcomitien trotz ihres sacralrechtlichen Karakters keinen Einfluß auf die Wahl der Priester gehabt hatten, sondern nur bei deren Inauguration zugegen gewesen waren.“ Lange II. S. 460 bis 463.

„So ausgebildet der Begriff der Volkssouveränet war, so stellte sich doch in der Praxis das Verhältniß anders heraus. Die Volksmenge als absoluter Souverän des Staates kann aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen, ebensowenig wie ein absoluter Monarch alle Acte der Souveränetät selbst ausüben. Sind die Magistrate auch seine ihm verantwortlichen Diener, der Senat sein nach seinem Willen zusammengesetzter Staatsrath, so ist doch schon das, was von der Ausübung der Hoheitsrechte des Staates den Magistraten und dem Senate überlassen bleibt, so bedeutend, daß nach dem Polybius (VI, 11—18) die Röm. Verfassung nicht als absolute Demokratie, sondern als eine Mischung von Monarchie, Aristokratie und Demokratie erschien. Dazu kommt, daß der absolute Souverän auch in denjenigen Souveränetätsacten, die er sich selbst vorbehält, factisch durch seine Diener und seinen Staatsrath bestimmt und geleitet wird. Gegen den Schluß der 4. Periode (d. i. vor den Gracchischen Unruhen), als man die absolute Demokratie verwirklicht glaubte, zeigt sich deutlich, daß die sich immer mehr von der Volksmenge absondernde Nobilität, die sich außerhalb der Tributcomitien eben deshalb zu befestigen suchte, weil sie in denselben wegen des in ihnen herrschenden Princips der Kopfzahlentscheidung keine Bedeutung haben konnte, die Früchte der Entwicklung in ihrem Interesse verwerthet. Sie ist es, die unter stillschweigender Einwilligung des souveränen Volks im Senate concentrirt, vermittels der Magistrate und der lenksamen Volksversammlungen nicht bloß den Staat regiert, sondern der Sache nach auch die dem Volke zustehenden Hoheitsrechte ausübt — daher wir den Zustand des Staates als den einer Oligar-

chie **auf breitester demokratischer Grundlage** richtig bezeichnet zu haben glauben. In der 5. Periode (d. h. von den Gracchen bis auf Augustus) beginnt mit der allgemeinen Entartung beider, der Nobilität und des Volks, eine völlige Ausartung auch der Volksversammlungen zu willenlosen Werkzeugen bald der radicalen Umsturzpartei, bald der Partei der Reaction. Beide suchten ihre verfassungswidrigen Maßregeln und Einrichtungen durch ochlokratische Volksbeschlüsse zum Scheine zu legalisiren. Die Abhaltung der Comitien und die Beschlußfassung in denselben sank zu einer leeren Formalität herab, während in den Concionen, dem Haupttummelplatze der factiösen Demagogie, derjenige Einfluß auf das Volk gewonnen wurde, vermittels dessen die Comitien sich beherrschen ließen. Schließlich wurden denn auch auf den Antrag bestochener Demagogen von dem bearbeiteten und erkauften Pöbel, der in Comitien und Concionen herrschte, diejenigen Maßregeln sanctionirt, welche aus der Republik in die Monarchie hinüberleiten und unter Cäsar und Augustus alle wesentlichen Attribute der Volkssouveränetät beseitigen." Lange II. S. 397. 398.

III.

Sulla und das Reichsideal.

Zu § **172**] Wie einst Perikles an der Spitze der vorübergehend geeinigten Hellenischen Welt gleichsam das Abendroth der nationalen Glanzzeit ist, so Sulla an der Spitze des beruhigten und sich selber wiedergegebenen Rom, des gesicherten und befriedigten Italien und des unterworfenen und geordneten Erdkreises, ein Nachglanz der im Erbleichen begriffenen Nationalsonne Rom's. Die großartig gedachte Restauration scheint freilich eine Episode, aber ohne sie würde der Aufgang des Röm. Kosmopolitismus ohne vorausgehenden Abschluß des nationalen Römerthums geblieben seyn.

Sulla hat, als ihm die Macht wieder zufiel, mit nichten einfach restaurirt, sein Geist war dazu viel zu fruchtbar und lebensvoll. Indem er allerdings, was möglicherweise von den altnationalen Institutionen zu retten war, zu retten und wiederzubeleben suchte, hat er viele neue und selbst aus der Revolution herrührende Elemente, welche sich als wirksame Factoren und recipirte Größen ausgewiesen hatten, sanctionirt und ihnen eine organische Stelle in seinem politischen System zugetheilt. Den tiefsten Griff hat er wohl gethan, da er die tribunicische Gewalt, diese uralte nagende Anomalie des Röm. Staatswesens, wesentlich beschränkte, den Senat rehabilitirte (s. Lange Alterth. I. S. 711. 689. II. S. 319. 370) und dieser Potenz, die unmöglich mehr ausreichte, zwei andere Stützen des Staatsgebäudes zur Seite stellte: das ist das Sullanische System des Militärcommandos (*lex Cornelia de provinciis*, 81 v. Chr., s. Marquardt III. 1. S. 279) und das vielleicht gleichfalls durch Sulla vollendete System der reorganisirten Municipien. Vergl. Mommsen Röm. Gesch. II. S. 262—264.

354—360. 366—379; v. Bethmann-Hollweg, Der Römische Civilproceß II. S. 20.

In beiden Systemen liegt ein verwandter Gedanke: der Gedanke, daß der Centralorganismus eines großen, nicht mehr bloß städtischen, Staates sich gliedern und articuliren müsse, um sich zu behaupten und neues Leben zu zeugen. Von jeher lebte in der Röm. Magistratur die Idee, daß sie ein staatliches Filial des *nomen Romanum* sei, und der Consul oder Prätor sich zu diesem wie ein *filiusfamilias* zum *paterfamilias in domo* verhalte. Diese Idee nun war es, welche Sulla gleichsam in militärisch gefestigten Rahmen legte: die hohen Magistrate sollten und konnten nicht Diener, sondern vielmehr Haussöhne der Republik seyn, aber je schwächer der Senat ward, und das Ansehn des Jupiter Capitolinus, der gleichsam der Hausherr gewesen, schwand, um so mehr verfiel die Republik in weibliche Passivität, und die Consuln und Proconsuln mußten die Vormundschaft übernehmen. Es hätte sich vielleicht aus dieser Idee eine selbständige Gliederung des Reichs mit seinen Ländern und Völkern entwickeln mögen, welchem der neubefruchtende Geist des Christenthums Halt verschafft hätte, wie später auf romano-germanischem Boden in der Form des christlich-militärischen Feudalismus. Cäsar lenkte aber den Gang Rom's dann in die Bahn des demokratischen Centralismus zurück, und machte den Magistrat zum *Princeps*. Nur wenn wir die Freiheit aus der Geschichte streichen, läßt sich behaupten, daß der Cäsarismus die einzige Möglichkeit für die antike Welt gewesen sei.

Jener Idee administrativer oder executiver Filialpotenzen war die Idee einer territorialen Untergliederung entsprechend, welche wir im neurömischen Municipalwesen auftauchen sehen: die italischen Städte, welche entweder nur als unselbständige Theile oder mechanische Segmente Rom's, oder als dessen Herrschaftsobjecte gegolten hatten, sollten zur Bedeutung eigenartiger Sphären gelangen, welche zwar dem Staate untergeordnet, doch nicht von ihm absorbirt wären, sondern zu ihm, wie Glieder zum Haupte oder wie Kinder zum Vater, stehen. Es ist der Anfang einer Differenzirung des politischen Organismus in die selbständigen Typen des Staates und der Gemeinde im modernen Sinne, wonach sie originale Sphären des politischen Lebens neben und in einander bilden; bis dahin hatten die zugehörigen Gemeinden eigentlich nur die Stellung von Privatvereinen und Unterthanen gehabt, jetzt handelte es sich darum, ihnen das volle Recht publicistischer Gemeinwesen einzuräumen. Diese Idee scheint unter Sulla Form zu finden, aber auch mit ihm zu Grabe zu gehen. Im cäsarischen System des potenzirten Centralismus war ihr die Lebensluft abgeschnitten.

Wie der Himmel mit Sonne, Mond und Sternen im klaren und stillen Spiegel des Mittelmeers seinen Widerschein findet, so das Firmament des capitolinischen Jupiter im Hause des Röm. *paterfamilias* mit seinen Kindern, Sklaven und Clienten. Das *nomen Romanum* bezeichnet den Souverän, dessen Magistrate wie seine hausangehörigen Söhne,

dessen Municipien wie seine adoptirten Kinder, dessen Provinzen wie seine Sklaven, dessen Proconsuln wie *filiifamilias milites,* und dessen Bundesgenossen wie Clienten und Freigelassene um ihn versammelt stehen und auf ihn hören. Auch in der plastischen Ausbildung dieser zwei außeritalischen Typen des Staatsrechts erkennen wir Sulla's Hand. Es galt, sie im überseeischen Bereiche festzustellen und Dependenzen zu schaffen, die hinreichend gesichert wären, ohne einverleibt zu seyn; das Meer aber trennte, denn die Römer waren nicht Seeleute, transmarine Incorporationen sind darum ihnen nie national gewesen, und erst das universalistische Imperatorenthum hat dieses System geschaffen; so machte die Meerflut eine politische Stufe schwächerer organischer Zugehörigkeit, wie sie in dem Typus der Provinz (Servilsphäre) und des Clientelstaats hervortritt; Sulla aber wieder ist es, welcher kraft seiner militärischen Vollgewalt zuerst im Occident und Orient die Rolle eines *dominus provinciarum* und eines *patronus* der *populi foederati in clientelam recepti* vollständig durchführte. So hat Sulla nach allen Seiten hin den politischen Umkreis von Haus und Hof gezogen, mit wahrer Staatskunst eine Welt publicistischer Typen zum Abschluß gebracht, und in diesem Umriß des familienhaft multiplicirten Reichsorganismus ein Reichsideal ohne Gleichen als Erbstück aus der Antike hinterlassen. Typen sind ewige Gewinne, auch wenn die Exemplare in Trümmer gehen, auch wenn sie als Bruchstücke in einen einzigen neuen Colossaltypus eintreten müssen, wie er aus Cäsars Haupt hervorsprang. Die Magistrate sind dann aus Söhnen und Vormündern zu Gatten und Tyrannen der Republik, die Provinzen zu Sklaven der Tyrannen geworden. Die Municipien, welche einen Anlauf genommen hatten, aus unmündigen Kindern zu reifen Gliedern zu werden, gelangten nicht zur Emancipation; sie hätten esoterische oder territoriale Clienten der Republik und so eine Parallele zu den exoterischen oder exterritorialen (transmarinen) Clientelen werden können, allein sie erstarrten ebenso wie diese Clientelen, welche, insoweit sie nicht dem Reiche wieder verloren gingen, alle nach und nach zu Provinzen, zu Sklaven herabsanken. Diesen Gang geht das Röm. Reich während der folgenden Periode.

IV.

Die Organisation der Provinzen.

Zu § **175**] Louis Napoleon im 1. Bde. seiner Geschichte Cäsar's sagt: „Je weiter die Republik ihr Reich ausbreitete, desto mehr wuchs die Anzahl der hohen Aemter, und gewannen die Aemter selbst an Bedeutung. Die Consuln, die Proconsuln und die Prätoren regierten nicht bloß die fremden Länder, sondern auch Italien selbst.“ So war es. Die Römische Provinz war eine Einrichtung, welche mehr als alles Andere den Keim des Weltreichs in sich trug; aus der Paarung der Provinz mit der Magistratur ging das Imperatorenthum hervor. Es hatte

sich im Laufe der Zeiten ein förmlicher Organismus der Magistratur gebildet, der seinen eigenen Mittel- und Schwerpunkt suchte, und durch seinen Druck dem Staatswesen eine veränderte Richtung und ein anderes Temperament gab. Jenen Schwerpunkt fand sie dann in dem Provinzialwesen; der Einfluß der Magistratur und Provinz ward ein wechselseitiger. Die Magistratur ist das nationalrömische, die Provinz das kosmopolitische Element des Röm. Weltreichs. Zum ersten Male in der Weltgeschichte trat hier das Princip der staatsrechtlichen Gliederung eines großen Reichs in gleich würdiger und prägnanter Form auf: das antike Provinzialsystem enthielt einen neuen publicistischen Typus.

„Die Einrichtung der Provinz geschah zur Zeit der Republik durch den erobernden Feldherrn selbst, unter dem Beirath einer Commission von 10 zu diesem Zwecke besonders ernannten Senatoren (*Liv. 45, 17; Cic. Verr. 2, 16, 40; Appian. Hisp. 99*), nach einer Instruction des Senats (*Polyb. 22, 7*); das auf diese Weise entstandene Grundgesetz der Provinz bildete für die ganze Folgezeit die Basis der Verwaltung, während privatrechtliche Bestimmungen für die Provinzen theils durch Römische Gesetze, theils durch das Edict des Statthalters auch später getroffen wurden. Von diesen Grundsätzen kennen wir die *lex Rupilia* für Sicilien (*Cic. Verr. 2, 16, 39*), die *lex* des Aem. Paulus für Makedonien (*Liv. 45, 30. 32*), die *lex Pompeja* für Bithynien (*Plin. ep. 10, 84. 112. 114*) und viele andere Theile Asiens; in Achaja dauerte das Gesetz des Mummius (*Polyb. 40, 9. 10*).

„Die Anordnungen der Commission bezogen sich namentlich auf folgende Punkte. Man begann mit einer neuen Eintheilung der ganzen Provinz in bestimmte Verwaltungsbezirke, die zum Mittelpunkt eine größere Stadt erhielten, wo eine solche vorhanden war (so in Sicilien etwa 67 Städtebezirke, das Festland von Achaja etwa 99); in städtearmen Provinzen traten an die Stelle der städtischen Diöcesen Landkreise (*regiones*), so in Pannonien, Moesien, Illyrien; man beobachtete dabei das Verfahren, mit Auflösung der vorhandenen staatlichen Einheiten und durch willkürliches Theilen und Zusammenlegen von Ortschaften die ursprünglichen Völkerverbindungen zu zerreißen, insofern man dies nöthig fand (so z. B. in Achaja anfangs zwischen allen Städten: *Pausan. 7, 16;* auch in Sicilien: *Cic. Verr. 3, 40, 93*), und sogar zuweilen unter den einzelnen Stadtgebieten das *commercium* aufzuheben, was bei der dadurch für die Provinzialen erschwerten Veräußerlichkeit der Grundstücke die Ansiedelung Röm. Grundbesitzer in der Provinz und die Entstehung großer Gütercomplexe in Römischem Besitz zur Folge hatte (*Cic. Phil. 2, 17, 43; Plin. H. N. 18, 6, 35: latifundia perdidere Italiam, jam vero et provincias*). Die thracische *Chersonesos* war ein Gut des Agrippa. Begünstigten Städten erweiterte man das Gebiet durch Zutheilung von Städten und Flecken, deren selbständige Existenz dadurch aufhörte; man hob und vergrößerte auf diese Weise die ergebenen Communen, während man die widersetzlichen voll-

ständig vernichtete. Gebirgige und wüste Territorien, deren Verwaltung schwierig und deren Ertrag doch unerheblich gewesen wäre, ließ man mitten in der Provinz unter einheimischen Dynasten, bis man es, oft nach langer Zeit, für sicher hielt, auch diese Theile zur Provinz zu ziehen.

„Das genaue Verzeichniß der Bezirke mit den dazu gehörigen Ortschaften bildete die Grundlage für die fernere Bestimmung über die Leistungen und Rechte der Communen. Sowohl in Hinsicht auf die Besteuerung nämlich, als in Hinsicht auf die politischen Rechte der Provinzialstädte machten die Römer einen Unterschied zwischen den mit Waffengewalt eroberten und den durch freiwilligen Anschluß in ihre Gewalt gekommenen Orten; nur die letzteren wurden direct dem *imperium* des Statthalters unterworfen, den ersteren ihre eigene Verwaltung und ihre Freiheit gewährleistet. Die Erhaltung bestehender Verfassungen war indessen nur in denjenigen Provinzen möglich, in welchen ein politisch gebildetes Leben vorhanden war, wie in den Ländern griechischer Bildung, und außerdem in Afrika, und wo der Widerstand gegen die Römer nicht hartnäckig und allgemein geleistet wurde; in Provinzen, welche ganz hatten erobert werden müssen, wie Sardinien, oder politisch wenig entwickelt waren, schufen die Römer diese bevorzugte Classe von Städten auf andere Weise, indem sie entweder Röm. Colonien anlegten oder vorhandenen Orten zur Belohnung das Bürgerrecht oder das latinische Recht verliehen, und so *municipia* oder *oppida latina* mit Röm. Verfassung organisirten."

Es lassen sich 3 Hauptclassen solcher Städte unterscheiden: 1) mit freier einheimischer Verfassung, wohin die *civitates liberae et foederatae* (*foedus aequum,* z. B. Athen; fast nur in den älteren Provinzen), die *civitates liberae* (*lex Romana, autonomia:* so Ilium; Tribut und indirecte Abgaben) und *civitates liberae et immunes* (mit eignem Zollrecht) gehörten; 2) Städte Römischer Verfassung, nämlich die Colonien, Municipien und Städte latinischen Rechts, von den italischen Städten gleicher Benennung dadurch unterschieden, daß der Grund und Boden steuerbar und die Bewohner dem *tributum* unterworfen waren; 3) die unterthänigen Städte, *civitates stipendiariae*, welche am schwersten besteuert und dem *imperium* des Statthalters direct unterworfen waren; doch hatten auch sie ihre eigene Verfassung mit Volksversammlungen, Rath und Beamten, bez. auch eine beschränkte Autonomie und Gerichtsbarkeit unter Aufsicht des Statthalters. Diese Behörden dienten zugleich den Römern als Werkzeuge der Abgabenerhebung, es gab aber für die Verwaltung der Röm. Beamten noch andere Provinzialtheilungen, „bei welchen eine Anzahl von Communen zu einem District vereinigt wurden. Hispania Tarraconensis zerfiel in 4 große Bezirke, in welchen 3 *legati* und ein *praefectus pro legato* die Verwaltung führten; in Betreff der Abgabenerhebung war Sicilien in 2 quästorische Provinzen, Bithynien später in mehrere procuratorische Provinzen zerlegt; in Asien erhielten sich die 40 sullanischen Districte. Allen Pro-

vinzen gemeinsam war die Eintheilung in Gerichtssprengel (*conventus*, διοικήσεις), in deren Hauptorten der Statthalter die regelmäßigen Gerichtstage abhielt.“ Marquardt Alterth. III. 1. S. 243—267. Dazu S. 383—388.

V.

Die Vorbereitung der Monarchie.

Zu § **172**] In der zweiten Hälfte dieser Periode beginnt die Umgestaltung der Republik in Monarchie sich vorzubereiten; durch Cäsar und Augustus wird sie ins Werk gesetzt. Schwer ist es, den Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem der entscheidende Schritt geschah: in Cäsar's Geiste entsprang die Fülle der maßgebenden, schöpferischen Impulse, deren praktische Consequenzen zu ziehen dann Augustus das Glück hatte. Die Factoren des Staatswesens und die Parteien des öffentlichen Lebens waren in voller durch Cäsar gleichsam zum Ende geführten Auflösung; es bedurfte einer ungewöhnlich starken Hand, um ein neues Gefüge über der wogenden Masse der Atome aufzurichten. Cäsar that es, indem er den Schwerpunkt dermaßen in seine Person verlegte, daß fortan immer ein persönlicher Schwerpunkt, d. h. der imperatorische Monarchismus, eine Nothwendigkeit blieb.

Es ist eine geschlossene Kette von Thatsachen, welche mit des Pompejus Ausnahmestellung im Jahre 67 v. Chr. begann und mit der Annahme des Tribunenamtes seiten des Augustus im J. 23 v. Chr. sich vollendete. In der Errichtung der fast schrankenlosen Gewalt, welche dem Pompejus durch die *lex Gabinia* und *Manilia* (67 u. 66 v. Chr.), zum Zwecke der Vernichtung des Piratenstaates, auf drei Jahre zugestanden ward, schienen sämmtliche Verfassungsverletzungen der bisherigen Parteikämpfe wie in einer einzigen großen Verfassungssuspendirung zusammengefaßt; „niemals noch, seit Rom stand, war solche Gewalt in den Händen eines einzigen Mannes vereinigt gewesen, und die demokratische Revolutionspartei ging über von der Opposition in das Regiment; der Senat hatte aufgehört zu regieren“ (Mommsen Röm. Gesch. III. S. 102-108. 110). Die königliche Rolle, welche dann Pompejus in Asien als Ordner der dortigen Städte und Landschaften spielte, gab seiner Stellung ein so glanzvolles Relief, daß schon das Jahr 62 v. Chr. „das letzte der Republik und das erste der Monarchie“ werden zu wollen schien (Mommsen a. a O. S. 187). Der zweite verhängnißvolle Schritt zum Untergange der Republik war die Ertheilung des Proconsulats der beiden Gallien (*Gallia Cisalpina* und *Narbonensis*) an Cäsar durch die *lex Vatinia* auf 5 Jahre (58 v. Chr.), mit den nachherigen Verlängerungen des Proconsulats im Gefolge (*lex Trebonia* 55 v. Chr.); sie machten unter den damaligen Umständen den siegreichen Eroberer zum Herrn der Situation, denn „da verfassungsmäßig in dem eigentlichen Italien keine Truppen stehen durften, so beherrschte der Commandant der norditalischen und gallischen Legionen auf die näch-

sten fünf Jahre zugleich Italien und Rom, und wer auf fünf Jahre, ist auch Herr auf Lebenszeit (Mommsen a. a. O. S. 202; dazu Lange R. Alterth. I. S. 631). Der Kampf zwischen Pompejus und Cäsar ward im Grunde zum Entscheidungskampfe zwischen Republik und Monarchie, dem Sieger fiel das Reich fast von selbst zu, und Cäsar ergriff davon in immer deutlicherer Weise Besitz, indem er nach der Schlacht von Thapsus (46 v. Chr.) die Dictatur vorläufig auf 10 Jahre übernahm, mit dieser außerordentlichen Gewalt dann nicht bloß das Oberpontificat und Augurat, sondern auch Censur, Consulat und das Principat im Senat verband, und dem Ganzen durch Annahme des lebenslänglichen Imperatortitels die Krone aufsetzte (Mommsen a. a. O. S. 463. 464; dazu Lange I. S. 624. 646). Cäsar's Bildsäule auf dem Capitol neben den Bildsäulen der 7 Könige Rom's, sein Bild auf den Münzen, sein königgleiches Purpurgewand mußten die verschwiegene und doch entschiedene Monarchie des Besiegers aller Parteien inauguriren, welcher durch Creirung neuer Adelsgeschlechter ein neues Patriciat schuf, aus eigner Machtvollkommenheit den Senat über sein traditionelles Normalmaximum hinaus auf 900 Mitglieder vermehrte und sich das Recht verschaffte, die Hälfte der Prätoren und Quästoren, deren Zahl auf 16, bez. 40 vermehrt worden, sowie die curulischen Aedilen den Comitien vorzuschlagen. „Den Consuln, Prätoren, Aedilen, Tribunen und Quästoren blieb im Wesentlichen ihre bisherige formelle Competenz; allein ihre Stellung ward dennoch gänzlich umgewandelt. Es war der politische Grundgedanke der Republik, daß das Röm. Reich in der Stadt Rom aufgehe, und deshalb waren consequent die hauptstädtischen Municipal- durchaus als Reichsbeamte behandelt worden. In Cäsars Monarchie fiel mit jener Auffassung auch diese Folge weg; die Beamten Rom's bildeten fortan nur die erste unter den vielen Reichsmunicipalitäten, und namentlich das Consulat ward ein reiner Titularposten, der nur durch die daran geknüpfte Expectanz einer höheren Statthalterschaft eine gewisse practische Bedeutung bewahrte. Das Schicksal, das die Römische Gemeinde den unterworfenen zu bereiten gewohnt gewesen, widerfuhr durch Cäsar ihr selbst: ihre Souveränetät über das Röm. Reich verwandelte sich in eine beschränkte Communalfreiheit innerhalb des Röm. Staates." (Mommsen a. a. O. S. 477; dazu S. 501). — In der Vertheilung Asiens, Italiens und Afrikas unter die Triumvirn Antonius, Octavianus und Lepidus nach Cäsar's Tode zeigte sich bereits der Geist seiner Erbschaft: das Recht der Verfügung über das Reich, welches nur noch als Object in Betracht zu kommen schien (42 v. Chr.). Endlich wiederholte sich nach der Schlacht von Actium (31) jene Cäsarische Aemterconcentrirung in Octavian, welcher im J. 27 den neuen Namen Augustus annahm und damit die absonderliche Hoheit seiner neuen Stellung officiell verkündete; es war, hat man gesagt, der erste Tag der Monarchie, als Augustus am 27. Januar 23 v. Chr. sich die *tribunicia potestas* auf Lebenszeit übertragen ließ, denn indem er so die beiden von Alters her absolut incompatibeln

höchsten Gewalten des Consulats und Volkstribunats in Einer Person vereinigte, entzog er denselben die bisherige Bedeutung und dem Staatskörper die republikanische Seele. Zwischen den bezeichneten Zeitpunkten zieht sich also im Wesentlichen jener gewaltige 44jährige Umgestaltungs- und wenn man will, Verjüngungsproceß hin, zu welchem Rom unter dem überwältigenden Einflusse der provinzialen Mächte und Bedürfnisse genöthigt wurde. Ohne die Provinzen wäre Rom schwerlich zu einer energischen und dauernden Monarchie gelangt, und republikanisches Gepräge würde sich eine Zeit länger zu erhalten im Stande gewesen seyn; ohne das Röm. Imperatorenthum aber würde auch die antike Culturwelt früher, als geschehen ist, zerfallen und der erneuernden Kraft des Christenthums ein weit schwierigeres Feld bereitet worden seyn.

XXI. Kapitel.

III. Rechtsquellen.

(Zu § 177-187)

I.

Uebersicht der gesetzgeberischen Thätigkeit dieser Periode.

Zu § **178**] Die Flut der gesetzgeberischen Acte läßt sich mit Lange (Alterth. II. S. 552) in zwei Strömungen unterscheiden, die freilich, wie z. B. die *leges de civitate* und *municipales*, auch die *leges agrariae* zeigen, nicht immer scharf getrennt gehalten werden können.

I. *Jussa generalia* d. h. die Plebiscite, welche Allgemeines und Dauerndes betrafen, also stehende Einrichtungen hervorriefen. Wir unterscheiden hier:

1) Gesetze über Staatseinrichtungen, und zwar a) *leges de comitiis*, welche namentlich Competenz und Stimmrecht betrafen; zu den letzteren gehören die *leges tabellariae*, über Einführung eines geheimen Abstimmungsverfahrens in den Comitien (sowie in den Gerichtshöfen), z. B. die *lex Gabinia* (139), *Cassia* (137), *Papiria* (131), ferner die *leges de libertinorum suffragiis*, z. B. die *lex Aemilia* (115), *lex Cornelia* (des *Cinna*: 87), *lex Papiria* (84). Außerdem ist hier zu nennen die *lex Caecilia Didia* (98), welche die *promulgatio in trinundinum* vorschrieb und heterogene Bestimmungen *per saturam* zu rogiren verbot. Vergl. Lange Alterth. II. S. 408. 423. 559—561. Rudorff Rechtsgesch. I. § 10. Anm. 15.

b) *leges de Senatu*, über Zusammensetzung, Sitzungen des Senats, Rechte und Beschränkungen der Senatoren, z. B. die *lex Claudia* (219), welche den Senatoren nebst ihren Söhnen untersagte, Handelsgeschäfte zu treiben, die *lex Atinia de tribunis plebis in senatum legendis* (216?), die *lex Cassia, ut, quem populus damnasset, cuive imperium abrogasset, in senatu non esset* (104), die *lex Cornelia, ne quis in senatu*

legibus solveretur, nisi ducenti affuissent (67). Vergl. Lange *l. c.* S. 559.

c) Gesetze über die behördlichen Organe und Functionen, namentlich aa) *leges de magistratibus*, z. B. das Gesetz über die Einsetzung eines *praetor peregrinus* zwischen 247 und 242, über die Einsetzung zweier Prätoren für die Provinzen (227), über die Wahl der 24 Militärtribunen der 4 ersten Legionen durch das Volk (207), die drei die Strafgewalt beschränkenden *leges Porciae* (198; 195; 184); von den *leges Corneliae* (*dictatoriae:* 82—80 v. Chr.) des Sulla gehören hierher die *lex de magistratibus*, *de tribunicia potestate*, über die Vermehrung der Prätoren, die Aufhebung der Censur und die *lex de XX quaestoribus*, von welcher sich ein Fragment erhalten hat;* aufgehoben wurden alle diese durch die *lex Pompeja* (70); eine andere ist die *lex Pompeja de jure magistratuum* (52). — bb) *leges de provinciis* d. h. über die Verwaltung der Provinzen; das älteste Gesetz dieser Art war die *lex Porcia de provincialibus sumtibus* des Cato (195), welche die den Statthaltern zu leistenden Lieferungen einschränkte; die *lex Sempronia de provincia Asia* (122) handelte von der Verpachtung der asiatischen Abgaben durch die Censoren; auf die vor der Consulwahl zu bewirkende Feststellung der zwei Consularprovinzen durch den Senat bezog sich die *lex Sempronia de provinciis consularibus* (123); umfassender war die *lex Cornelia de provinciis* (82—80), welche die Bekleidung der Statthalterschaften durch die abgehenden Magistrate überhaupt regeln sollte; endlich die dictatorische *lex Julia de provinciis* (46) beschränkte die Dauer der consularischen Provincialverwaltung auf 2, die der prätorischen auf 1 Jahr. — cc) *leges de sacerdotiis*, z. B. die *lex comitia de sacerdotiis* (104), welche die Wahl der politisch einflußreichen Collegien dem Volke übertrug; die diese wieder aufhebende dictatorische *lex Cornelia de sacerd.* (81), und die wiederum diese aufhebende *lex Atia de sacerd.* (63), welche durch die dictatorische *lex Julia de sacerd.* (46) ergänzt ward. — Vergl. Lange *l. c.* S. 556—558. 571—573.

d) *leges militares:* abgesehen von den Triumphalgesetzen** gibt es deren nur wenige allgemeine und zwar erst seit der beginnenden Ochlokratie, z. B. *lex Sempronia militaris* (123), welche die Anschaffung der Militärkleidung dem Aerar aufbürdete und das 17. Lebensjahr als Minimalsatz für den Eintritt in das Heer festsetzte, aber durch die *lex Junia militaris* (109) wieder aufgehoben wurde. — Vergl. Lange *l. c.* S. 571.

e) *leges judiciariae*, welche die Aufstellung des *album judicum*, d. h. die Liste sowohl der Geschwornengerichte für die *quaestiones perpetuae*, als auch der *judices selecti* für den Civilproceß betrafen; zuerst die *lex Sempronia judiciaria* (122), welche die Senatoren vom *album* ausschloß und dessen Bildung aus dem Ritterstande vorschrieb

*) s. den folg. Excurs, sub 6).

**) s. unten sub II. 5.

(*App. B. C. 1, 22; Tac. Ann. 12, 60*); die *lex Plautia judiciaria* (89) verschaffte den Senatoren wenigstens die Möglichkeit, in das *album judicum* zu kommen, dadurch, daß sie die Bildung desselben dem *praetor urbanus* entzog und den (35) Tribus übertrug; dennoch blieben die Ritter im thatsächlichen Besitze der Gerichte. Erst die dictatorische *lex Cornelia judiciaria* (82—80) verordnete die Bildung des Album aus den Mitgliedern des durch Ritter ergänzten Senats; die *lex Aurelia judiciaria* (70) substituirte eine Bildung aus den drei Ständen der Senatoren, Ritter und Aerartribunen, wozu spätere Gesetze Zusätze brachten; endlich die dictatorische *lex Julia judiciaria* (46) schloß die Aerartribunen wieder aus. Vergl. Lange *l. c.* S. 567—569; Rudorff I. § 39.

2) Finanz- und Polizeigesetze: a) Finanzgesetze sind die *lex Flaminia minus solvendi* (217), welche den Uncialfuß, und die *lex Papiria* welche den Semuncialfuß einführte, letztere vielleicht nur ein Artikel der *lex Plautia Papiria de civitate* (89); die *lex Caecilia de vectigalibus* (60), welche die Zölle in Italien abschaffte. — b) Luxusgesetze beginnen erst, als die Autorität der Censur und die Strafgewalt der Magistrate nicht mehr genügten: eine der ältesten scheint die schon von Plautus erwähnte *lex alearia* (Volksbeschluß? vor 204) gewesen zu seyn, welche das Würfelspiel untersagte. Das älteste Luxusgesetz im engern Sinne ist die *lex Metilia* (217?) gegen den Kleiderluxus; an sie schließt sich eine lange Reihe s. g. *leges sumtuariae*, welche mit der *lex Oppia sumtuaria* (215; Liv. 34, 1) beginnt; dieselben betrafen den Luxus der Frauen überhaupt, den Luxus bei Festen und Gastmählern (*cibariae*), bei Leichenbegängnissen und bei Schenkungen; zu den *cibariae* gehörten namentlich die eng untereinander zusammenhängenden *leges Fannia* (163, auch als *lex centussis* d. h. 100 As gestattend, bezeichnet, weil sie das Maximum der auf Mahlzeiten verwendbaren Summen aufstellte), *Didia* (143), welche die vorige auf ganz Italien ausdehnte, *Licinia de sumtu minuendo*, welche die früheren revidirte, dann abrogirt und durch die dictatorische *lex Cornelia sumtuaria* (82—80) wieder hergestellt ward. Noch Cäsar gab eine ausführliche *lex Julia sumtuaria* (46). — c) Vereinsgesetze sind drei zu nennen: *lex Clodia de collegiis* (58), welche die durch ein früheres Senatsconsult (64) verbotenen *collegia* wieder zuließ und auch neue Vereine zu gründen erlaubte, die *lex Licinia de sodaliciis* des Crassus (55), welche gegen das durch die *sodalicia* organisirte Bestechungswesen mit strengerer Bildung des Schwurgerichts einschritt, und die dictatorische *lex Julia de collegiis* (46), welche die vormaligen Vereinsbeschränkungen wieder einführte (*Suet. Caes. 42*). Vergl. Lange *l. c.* S. 566. 569—572. Rudorff I. § 13. 14.

3) Civilproceßgesetze: nach den *leges Silia, Calpurnia* u. *Crepereja* (etwa *Cicereja?* Liv. 41, 28: welche das Succumbenzgeld auf 125 Sesterzen herabsetzte, Gai. 4, 95) ist die *lex Aebutia* zu nennen, welche neben dem *lege agere* den Formularproceß einführte, die *leges*

Juliae, welche das *lege agere* beseitigten, eine *lex Hostilia* über Stellvertretung bei der *actio furti* (Inst. 4, 10), und *lex Licinia* über die *actio communi dividundo* (*l. 12. D. 4, 7*). Die *lex praediatoria*, welche den Staatspächtern die *pignoris capio* gegen Staatsschuldner gestattete (Aes Malac. 64; Gai. 4, 28) ist wohl überhaupt kein Volksbeschluß. Vergl. Lange *l. c.* S. 563. Rudorff I. § 43. 44.

4) Gesetze über Criminalrecht und Criminalproceß. Lange genügte die allgemeine Gerichtsbarkeit der Comitien und die Niedersetzung von *quaestiones extraordinariae*; den ältesten Strafgesetzen scheinen die *lex Fabia de plagiariis* (183) gegen Menschenraub, die *lex Cornelia Baebia* (181) und *lex Cornelia Fulvia* (159) gegen *ambitus* gehört zu haben. — Die späteren Strafgesetze, welche sich mit der einreißenden Sittenverderbniß häuften, pflegten zugleich das Untersuchungsverfahren durch Niedersetzung einer *quaestio perpetua* anzuordnen; so das erste dieser Art, die *lex Calpurnia de pecuniis repetundis* (149), welcher eine Reihe Repetundengesetze sich anschloß; die *lex Gabinia* und *lex Appuleja de majestate*, und die *lex Remmia de calumniatoribus* vor Sulla; die dictatorischen *leges Corneliae repetundarum, de majestate, de sicariis et veneficis, de falsis* (auch *Cornelia testamentaria* und *nummaria* genannt, weil sie auch Fälschung von Testamentsurkunden und Münzen verbot), *de injuriis* u. bez. *de adulteriis et pudicitia* (*Dig. lib. 48; Coll. Mos. 4, 2, 2; Plut. comp. Lys. et Sull. 3*). Diese Sullanische Quästionenordnung,* welche von Mommsen (II. S. 366) geradezu ein Gesetzbuch genannt worden ist, war eine ganz besondere aus dem Uebrigen weit hervorragende Erscheinung; man könnte sie, wenn die XII Tafeln dem Sachsenspiegel zu vergleichen wären, die Carolina der Römer nennen: die Carolina war ja gleichfalls ein Strafcodex und das erste Gelingen eines legislativen Unternehmens. Nach Sulla sind die *lex Plautia de vi* (vor 63) und mehrere *leges de ambitu* (so das consularische Gesetz Cicero's, *lex Tullia de ambitu*: 63) zu nennen und aus Cäsars Zeit die wenigstens 101 Capitel umfassende *lex Julia de pecuniis repetundis* (59), zwei *leges Pompejae de parricidio* (55) und *de ambitu* (52) und zwei dictatorische *leges Juliae de vi* und *de majestate* (46). Vergl. Lange *l. c.* S. 563—567. Rudorff I. § 30—39. 42.

5) Privatrechtsgesetze. Ihre Zahl ist groß, doch ihre Genesis nicht immer genau bestimmbar; wir nennen die *leges de tutela*: *Atilia* (vor 186), *Titia* (etwa 99?) und *Julia* (von Cäsar oder August?); die *lex Atinia de rebus furtivis* (um 216? oder 197 *cf.* Rudorff R. R. Gesch. I. § 29), die *lex Plautia et Julia de usucapione rerum vi possessarum* (Theile der gleichnamigen *leges de vi* vor 63); die *lex Plaetoria de cura minorum s. de circumscriptione adolescentium* (vor 192); die *lex Cincia muneralis* (204); *lex Voconia de mulierum hereditatibus* (169) unter Cato's Einfluß; eine *lex Maenia de dote* (186; s. Voigt Die *lex Maenia de dote*. Festschrift. Weimar 1866. S. 2—5. 20). Auf Schuld-

*) s. unten Excurse zu § 200—212. No. III sub B.

und Bürgschaftsverhältnisse bezogen sich die *lex Sempronia,* ut cum sociis ac nomine Latino pecuniae creditae jus idem quod cum civibus Romanis esset* (193), wodurch, um die Umgehung der römischen Wuchergesetze zu verhüten, den noch immer autonom verbündeten Lateinern, welche von den römischen Capitalisten in den Zinscontracten als Gläubiger vorgeschoben wurden, eine Veränderung ihres Privatrechts willkürlich octroyirt wurde (Liv. 34, 7; 35, 7: vergl. Lange II. S. 193); ferner die *lex Gabinia, ne provincialibus liceret Romae versuram facere* (67 v. Chr.: *Cic. ad Att. 5, 21, 12; 6, 2, 7*); die dictatorische *lex Julia de modo credendi possidendique intra Italiam* (49), welche, um die Ueberschuldung des italischen Grundbesitzes zu hemmen, den Capitalisten nur eine mit ihrem Grundbesitz im Verhältniß stehende Summe auf Zinsen auszuleihen erlaubte; endlich die *lex Pompeja* und *lex Cornelia de sponsu* (88), welche für Bürgschaftscontracte genaue Angabe des Schuldverhältnisses und einen Maximalsatz von 20,000 Sesterzen (innerhalb eines Jahres für denselben Schuldner und demselben Gläubiger) vorschrieben. Den Schluß der Privatrechtsgesetze der republikanischen Zeit macht die *lex Falcidia de legatis* (40). — Vergl. Lange II. S. 562. Rudorff I. § 21—25. 28. 29. 40.

II. *Jussa specialia* (*privilegia*), d. h. die Plebiscite, welche Individuelles und Vorübergehendes betrafen. Wir unterscheiden hier, abgesehen von den zahlreichen in alle Theile des Staatslebens einschlagenden Exemtions- und Dispensationsbeschlüssen, folgende Gruppen:

1) *Leges de civitate* und *municipales*, d. h. Verleihungen des Bürgerrechts an Einzelne und an Gemeinden, z. B. die *lex Valeria* (188), welche den Formianern, Fundanern und Arpinaten die *civitas cum suffragio* gab, die *lex Julia* (90), welche den *sociis* und *Latinis* die *civitas*, wenn sie dieselbe annehmen wollten, versprach, die *lex Pompeja* (89), welche der *Gallia cispadana* die Civität und der *transpadana* die Latinität verlieh, die *lex Julia de Siculis* (44), welche Antonius nach Cäsars Tode durchsetzte, um den Siculern, denen Cäsar selbst nur die Latinität hatte geben wollen, die Civität zu verleihen. „Uebrigens verlieh Cäsar in einzelnen Fällen auch ohne Ermächtigung durch Volksbeschluß das Bürgerrecht. Dagegen wurden von ihm Volksbeschlüsse über die innere Organisation von italischen Bürgergemeinden veranlaßt, während in früheren Zeiten für ähnliche Organisationen in Municipien und Provinzen eine den Römischen Magistraten vom Senat ertheilte Vollmacht genügt hatte." Volksbeschlüsse der bezeichneten Art sind die *lex Rubria de Gallia cisalpina* (49) und die *lex Julia municipalis* (45).**

Außerdem sind solche Gesetze zu nennen, welche der betrügerischen Erschleichung des Bürgerrechts entgegentraten und die Nichtbürger aus Rom in ihre Heimat verwiesen, wie die *lex Claudia* (177),

---

*) s. Cursus § 179. **) s. den folg. Excurs No. 7 u. 8.

die *lex Junia* (126), *Licinia Mucia* (95), die *lex Papia* (65). Vgl. Lange II. S. 579—581. Dazu S. 239.

2) *Leges agrariae* und *de coloniis deducendis.* Die ersteren betrafen die Auftheilung der durch Eroberung dem Staate zugefallnen Domänen im Interesse der Armen, und sind nicht zu verwechseln mit den sog. *leges agrorum* für das Landgebiet von Gemeinden (namentlich als Stiftungsbriefe von Colonien und Municipien). Zu ihnen gehören die *lex Sempronia* des Tiberius (133) und Gaius Gracchus (123), die *lex Julia* Cäsars (59); zu den anderen die *lex Atinia de V coloniis in oram maritimam deducendis* (197), die *lex Sempronia de coloniis Tarentum et Capuam deducendis* (122), die *lex Rubria de colonia Carthaginem deducenda* (122). Vergl. Lange II. S. 581—584. Rudorff I. § 16.

3) Wohlfahrtspolizeiliche Gesetze: a) *leges viariae* über Straßenanlagen auf Staatskosten, worüber jedoch eigentlich der Senat zu beschließen hatte; Beispiel ist die *lex Sempronia* v. J. 122. — b) *leges frumentariae* über Getreidelieferungen zu herabgesetzten Preisen: die älteste ist die *lex Sempronia* (122), welche jedem in der Stadt lebenden Bürger gestattete, monatlich 5 modii für nur 6⅓ As in Empfang zu nehmen (*Cic. Tuscul. 3, 20, 48*); wiederhergestellt durch die *lex Cassia Terentia* (73). — c) *leges de aere alieno* d. h. über Minderung der Schuldenlast von Römischen Bürgern, wie z. B. die *lex Cornelia Pompeja unciaria* (88) und die *lex Valeria* (86), welche die Gläubiger um 75 Procent verkürzten, die dictatorische *lex Iulia de pecuniis mutuis* (49), welche die Gläubiger um 25 Procent verkürzte; diese auch als *leges de novis tabulis* bezeichneten Gesetze enthielten allerdings empfindliche Eingriffe in die Privatrechte, waren aber Nothacte der Staatsgewalt zur Minderung des furchtbaren Schuldendrucks und der politischen Abhängigkeit der Schuldner. „Wenn man den hohen Zinsfuß des Alterthums in Anschlag bringt, so wird man begreifen, wie auch bei sparsamster Wirthschaft und Anstrengung aller Kräfte eine in der Noth contrahirte Anleihe sich zu einer Lawine gestalten konnte, die den Mann und sein ganzes Hauswesen unter sich begrub. Nur so erklärt sich die colossale Ausdehnung, die das Schuldenmachen in Rom gewann, und der furchtbare Druck, den es ausübte. Die *novae tabulae* waren periodische Aderlässe, welche durch die Stockungen im gesellschaftlichen Organismus mit Nothwendigkeit geboten waren." Jhering Geist d. R. R. II. § 28. 34. Dazu Niebuhr Röm. Gesch. II. S. 23 ff. — Hieher kann auch die *lex Julia de publicanis* (59) gestellt werden, welche den Publicanen ein Drittheil ihrer Pachtsummen erließ. Vergl. Lange II. S. 584—586. Rudorff I. § 17—19.

4) *Leges de quaestionibus extraordinariis:* solche Plebiscite über Aburtheilung abtrünniger Bürger und Gemeinden (*quaestio de civitate*) wurden nach und nach üblich, während früher dazu ein Senatsconsult genügt hatte, z. B. die *lex Atilia* (210), welche den Senat ermächtigte, als Geschwornenhof über die Campaner zu urtheilen (Liv. 26. 33. 34). Außerdem häuften sich Plebiscite zur Aburtheilung anderer poli-

tischer und nichtpolitischer Verbrechen, z. B. *lex Petillia de pecunia regis Antiochi* (187), durch welche eine Quästion wegen *peculatus* über *Scipio Asiaticus* niedergesetzt wurde. Das Recht zu solchen Plebisciten ward gegenüber dem Senat durch die *lex Sempronia, ne de capite civium Romanorum injussu populi judicaretur* (123) gesichert, und auch nach der Einführung und Vermehrung der *quaestiones perpetuae* kamen *quaestiones extraordinariae* immer noch vor; berühmt sind die *lex Pompeja de vi* (52), welche eine solche Quästion über die Ermordung des Clodius niedersetzte, und die von Octavian veranlaßte *lex Pedia de interfectoribus Caesaris* (43). Hieher gehören auch solche Plebiscite, welche sich auf Verbannte bezogen, die Verbannung bestätigend (*justum exilium esse*) oder wiederaufhebend (*revocatio*), z. B. die *lex Calidia de Metello Numidico revocando* (99) und die von Antonius aus den Acten Cäsar's durchgesetzte *lex Julia de exulibus revocandis* (44). Vergl. Lange II. S. 586—593.

5) *Leges triumphales*, welche Triumph bewilligten im Falle der Verweigerung Seiten des Senats und für Proconsuln und Proprätoren insbesondere, z. B. das Plebiscit v. J. 211: *ut M. Marcello, quo die urbem ovans iniret, imperium esset* (Liv. 26, 21). Hieher gehören auch das Plebiscit v. J. 167, welches dem Aemilius Paulus Triumphaltracht bei den Spielen gestattete, und die *lex Antonia* (44), wonach der Monat Quintilis zu Ehren Cäsars fortan *Julius* heißen sollte. Vergl. Lange II. S. 574—576.

6) Plebiscite über Friedensbeschlüsse und Bundesverträge, so die *lex Acilia Minucia* (201) über den Frieden mit den Karthagern; die *lex Julia de rege Alexandrino* (59), durch die Ptolemäus Auletes als König von Aegypten und als *amicus populi Romani* anerkannt ward; die von Antonius durchgesetzte *lex Julia de rege Dejotaro* (44), durch welche dieser die ihm von Cäsar genommenen Gebiete wieder erhielt. Vergl. Lange II. S. 576—578.

7) *Leges de prorogando, abrogando* und *constituendo imperio*: die ersteren kamen nur ausnahmsweise vor, da regelmäßig der Senat hierüber beschloß; die anderen waren gleichfalls selten, da sie gegen das Princip der Unabsetzbarkeit der Magistrate verstießen; die dritten waren die häufigsten, da, wenn in Provinzen Private mit einem außerordentlichen *imperium proconsulare* gesendet werden sollten, die Mitwirkung der Comitien erforderlich war. Berühmt ist die *lex Gabinia de bello piratico* oder *de uno imperatore contra praedones constituendo* (67), wodurch Pompejus ein *imperium* auf 3 Jahre, und die *lex Manilia de bello Mithridatico* oder *de imperio Pompeji* (66), wodurch derselbe die Führung des Kriegs gegen Mithridat und Tigranes erhielt. Auch die *lex Titia* (43) kann hieher gestellt werden, wodurch Lepidus, Antonius und Octavian als *triumviri reipublicae constituendae* mit proconsularischem *imperium* auf 5 Jahre bekleidet wurden. Vergl. Lange II. S. 593—599.

II.

Ueberreste Römischer Rechtsquellen oder Rechtsdenkmäler aus der dritten Periode.

Zu § 177] Man kann zwei Arten „monumentaler Ueberlieferung" unterscheiden: a) solche Inschriften- und Urkundentexte, welche auf antikem Material und im Originalexemplar erhalten, beziehendlich wiederaufgefunden sind, und b) solche wörtliche Textmittheilungen, welche wir der referirenden (antiken oder mittelalterlichen) Literatur verdanken. Mehr oder minder zuverlässige und vollständige Sammlungsversuche rühren her von Gruter, Muratori, Barn. Brissonius, Terrasson, Marini, Haubold-Spangenberg (*Monumenta legalia*), Orelli, Henzen, Zell, Th. Mommsen, Leon Renier (s. Rudorff Rechtsgesch. § 81). Zu der ersteren Art (*sub a*) gehören ff. (vergl. Rudorff I. §. 81. 83).

1) *Sctum de Bachanalibus* nebst einem Consularschreiben (186 v. Chr.) auf einer Bronzetafel 1640 in Bruttien gefunden und jetzt in Wien. Ueber die Veranlassung dieses berühmten Sctum s. Lange Alterth. II. S. 213.

2) Eine *lex agraria*, 8 Jahre nach der *lex Thoria*, im Jahre 111 durchgesetzt (wodurch die italischen Domanialstrecken für zinsfreies Privateigenthum der Possessoren erklärt wurden), in 7 (jetzt nur noch 6) Bruchstücken mit 51 Kapiteln (d. h. oberes Drittheil der Erztafel) theils zu Neapel, theils zu Wien aufbewahrt, lange Zeit mit der *lex Thoria* verwechselt, von Rudorff, Huschke und Mommsen einigermaßen ergänzt.

3) *Tabula Bantina* mit einem lateinischen und einem oskischen Texte auf Vorder- u. Rückseite der 1790/3 in Lucanien gefundenen Tafel, welche jetzt in Neapel ist. Der lateinische Text enthält bloß die Schlußsanction eines unbekannten Plebiscits (*lex Acilia repetundarum? lex Licinia de ambitu? lex Plautia judiciaria* v. J. 89? Göttling Staatsverf. S. 456; Lange Alterth. II. S. 568), der oskische vielleicht das Bruchstück eines von Rom an Bantia um das J. 100 verliehenen Stadtrechts (Kirchhoff, Lange, Huschke).

4) *Plebiscitum de Thermensibus s. lex Antonia Cornelia Fundania* 72 v. Chr. (wodurch die Bürger von Thermessus in Pisidien für *liberi amici sociique populi Romani* erklärt wurden) auf einem zu Neapel aufbewahrten Bronzestück (Dirksen).

5) *Sctum Lutatianum* v. J. 78 (den ehrenvollen Abschied dreier griechischer Schiffscapitäne mit Restitution gegen Rechtsversäumnisse enthaltend) lateinisch und griechisch auf einer Bronzetafel in Neapel.

6) *Lex* (*Cornelia*) *de scribis, viatoribus et praeconibus*, vielleicht ein Bruchstück der Sullanischen *lex Cornelia de Magistratibus* oder *lex de viginti Quaestoribus* v. J. 81 v. Chr. (673 d. St. s. Lange

Alterth. II. S. 558) auf einer (vielleicht der achten) Gesetztafel zu Neapel. Dieses Bruchstück bildet außer dem von *Frontin. de aquis* c. 100 mitgetheilten *Sctum* die Hauptquelle über den Dienst der Subalternbeamten. Vergl. Mommsen i. Rhein. Mus. f. Philol. N. F. VI. S. 1 ff. v. Bethmann-Hollw. II. § 77.

7) *Lex Rubria* 49 v. Chr. (eine im Entwurf vielleicht von Cäsar herrührende städtische Gerichtsordnung für *Gallia cisalpina*, durch welche die bald darauf erfolgende Einverleibung in Italien vorbereitet ward*) auf einem die Kap. 19—23 des Gesetzes enthaltenden Tafelbruchstück, welches — eine ursprüngliche Copie des Gesetzes — 1760 bei Veleja ausgegraben ward, in Parma ist, und namentlich von der *operis novi nunciatio*, dem *damnum infectum*, der Schuldexecution und dem *judicium familiae herciscundae* handelt. Vgl. Danz Röm. R. G. I. S. 71 ff. Ritschl Facsimile 1851. Huschke Gaius S. 202—242. Mommsen Corpus inscr. latin. Vol. I. p. 118 und in Bekkers Jahrbuch II. S. 319—334. Rudorff R. R.-Gesch. I. § 12. Anm. 5. v. Bethmann-Hollw. II. § 59. Anm. 20 (S. 30).

8) *Tabula Heracleensis s. lex Julia municipalis* 45 v. Chr. (eine von Cäsar entworfene, die bisherigen Grundlagen bewahrende und fortan maßgebend bleibende Gemeindeordnung nicht bloß für Rom, sondern namentlich für die Römischen und Latinischen Städte in ganz Italien) aus zwei, 1732 am Tarentiner Meerbusen gefundenen Tafelhälften bestehend, deren obere (*Aes Neapolitanum*) 74, die untere (*Aes Britannicum*) 163 Zeilen enthält, mit einem Psephisma aus der Zeit der Freiheit Heraclea's auf der Vorderseite. Die eine Zeit lang (1735—60) in England befindlich gewesene Hälfte ist jetzt in Neapel mit der anderen vereinigt (Ausgg. von Dirksen, Hugo, Marezoll; s. Rein Privatr. S. 13. Anm. 3).

Die drei Wiederauffindungen, welcher die historische Juristenschule Deutschlands ihre wichtigste Quellenanregung verdankt, sind die der *lex Julia municipalis,* der *lex Rubria de Gallia Cisalpina* und der *Commentarii* des Gaius. Jene zwei bilden unsere Hauptquelle über die Italische Städteverfassung. Auf die *lex Rubria* (zuerst in Italien 1780 edirt) machte in Deutschland zuerst Hugo (civ. Magazin II. S. 431 ff.) im J. 1796 aufmerksam, welcher auch in Deutschland zuerst beide Theile der *lex Julia* herausgab (civ. Mag. III. S. 340 ff.). Mit ihnen ist Hugo's Name eben so verwachsen, wie der Göschen's mit Gaius; die scharfsinnige Vermuthung, daß die Tafel von Heraklea identisch sei mit der *lex Julia* rührt von v. Savigny (Verm. Schr. Bd. 3. S. 327 ff. 401 ff.) her. Vergl. dazu C. Hegel, Gesch. der Städteverfass. von Italien I. S. 18 ff. Mommsen, Corpus inscript. lat. Vol. I. p. 119 sq. u. v. Bethmann-Hollw. Röm. Civilproc. II. § 58. Anm. 12.

Ueber die aus Röm. Rechtsbüchern uns überlieferten wörtlichen Textstücke (s. oben sub b) vergl. Rudorff I. § 88. 90.

---

*) s. Cursus § 174 a. E. und die Excurse zu diesem Kap. No. I. sub II. 1.

III.

Die Formen der Thätigkeit des Juristenstandes.

Zu § **185**] Die juristische Praxis und Literatur wuchs in Rom aus der ganzen Breite und Fülle des Nationallebens hervor, obgleich sie lange das Monopol einer „Kaste" schien. Nur wo Gebundenheit im bergenden Schoße einer sorgfältig und streng gehegten Tradition vorausgegangen ist, pflegt die Entbindung zur Freiheit der Bewegung schöpferischen Reichthum und kräftige Lebensdauer im Gefolge zu haben.

1) Die Praxis. Das Recht war das Element jeden Römers. „Der kleine Grundbesitzer, sparsam und erwerbslustig, bedurfte des juristischen Raths nicht allein, sondern die Consultation war für ihn eine Seelenstärkung. Daher wird man den Einfluß der Respondenten auf den Karakter der Röm. Bauern, d. h. auf die Verfassung nicht hoch genug anschlagen können. Der Bauer verheirathete keine Tochter, verkaufte kein *jugerum*, schloß kein Anlehn, ohne sich bei seiner juristischen Freundschaft in irgend einem senatorischen Hause Raths zu erholen" (K. W. Nitzsch). Man unterschied (s. dazu Ihering Geist II. § 42. S. 439) am Juristenberufe (*urbana militia*): A) das *cavere* d. h. das Abfassen von Geschäftsformeln und juristischen Instrumenten aller Art. Diese Cautelarjurisprudenz war besonders wichtig in einer Zeit, wo das größte Gewicht auf die technische und terminologische Correctheit des juristischen Handelns und Verhandelns gelegt und darin die Hauptgarantie praktischer Zuverlässigkeit und Berechenbarkeit gesehen ward; sie war die Rüstung des *jus strictum*. Aber unter der scheinbar starren Hülle schlug schöpferisches Leben, „ein neues Formular bedeutete für den Verkehr eine neue Bahn, die er einschlagen konnte," „die *leges contractus* mußten die (mangelnden oder mangelhaften) *leges de contractibus* ersetzen", und die Redaction war zugleich eine latente Construction (s. Ihering II. S. 312. 443. 604 bis 608). Beispielsweise werden uns aus älterer Zeit genannt a) die *Manilianae actiones* des M.' Manilius, s. *Manilianae venalium vendendorum leges*, d. h. Kaufcontractsformulare (*Varro de re rust. 2, 5, 11*), in denen vielleicht das System der *duplae stipulatio* und *evictio* seine Wurzeln hatte; die oft daneben genannten *Hostilianae actiones* waren weiter nichts als oratorische Musterformeln (*Cic. de or. 1, 57*). Vergl. Rudorff I. § 64. S. 159. § 95 a. E. b) die *cautio Muciana* des Oberpontifex Scaevola, wodurch einem Legatar ermöglicht ward, ein Legat, welches ihm unter einer lebenslänglichen *conditio non faciendi* hinterlassen war, doch alsbald vorläufig zu erwerben; c) die *stipulatio Aquiliana* des Aquilius Gallus, wodurch eine Mehrheit verschiedenartigster Rechnungsposten in eine Generalformel und Gesammtobligation so zusammengezogen werden konnte, daß alle Posten dann durch einen einmaligen Acceptilationsact in Bausch und Bogen

zu erledigen waren; d) die *lex venditionis de rutis et caesis*, welche von Aquilius Gallus für überflüssig erklärt ward, weil gebrochene Kreide und gefällte Bäume von selbst aufgehört haben, Theil des Bodens zu seyn und um deßwillen vom Verkäufer nicht besonders reservirt zu werden brauchen (*fr. 17. § 6. D. de act. emti 19, 1*). — Auf solche Thätigkeit bezieht sich das *stipulationum et judiciorum formulas componere* bei *Cic. de leg. 1, 5.* — Von Cascellius wurde erzählt, daß ihm vergeblich von den Triumvirn angesonnen worden sei, deren Neuerungen in juristische Formeln zu bringen (*de aliqua earum rerum formulam componere:* Val. Max. 6, 2, 12), und Ihering (Geist II. S. 605) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß auf dem Wege dieses Cavirens manche Geschäftsclausel, z. B. das *pactum de distrahendo* beim Hypothekenvertrag, allmählich in ein s. g. *naturale negotii* übergegangen, und die *lex contractus* zu einem objectiven Rechtssatz geworden seyn möge.

B) Das *respondere*, worunter nicht bloß das Rathgeben im engern Sinn, d. h. Beantworten von Rechtsfragen der Rath suchenden Privaten (*consultores*), und zwar sowohl das mündliche, als auch das schriftliche Rathertheilen zu verstehen ist, sondern ebenso der Beirath für die Proceßmagistrate, die Gerichtsredner und die urtheilenden Richter, (das s. g. *assidere: fr. 1. D. de off. assess. 1, 22; fr. 37. D. ex quib. caus. maj. 4, 6*). Wir haben uns zu denken, daß namentlich auf dem Wege dieser gutachtlichen Beihülfe der *mos Civitatis* sich consolidirte und zu der Schwesterform des *jus honorarium* in Rapport trat, und mit Bezug hierauf sagte *Cic. de or. 1, 45: „est sine dubio domus jurisconsulti totius oraculum civitatis;"* und *Top. 17: „In omnibus iis judiciis, in quibus „ex fide bona" est additum, ubi vero etiam „inter bonos bene agier", inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est „aequius melius" parati esse debent* (*sc. jurisconsulti*). *Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi, quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena currasset; quid eum, qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt. Licebit igitur, diligenter cognitis argumentorum locis, non modo oratoribus et philosophis, sed juris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare"*. a) So mag die *regula Catoniana* (Vater oder Sohn?) entstanden seyn, wonach ein wegen Unfähigkeit des Testators ungültiges Legat nicht convalesciren kann. b) So ist der Begriff des *furtum* festgestellt z. B. auf Mobilien beschränkt (*fr. 38. D. de usurp. 41, 3:* aus welcher Stelle des Gaius zu entnehmen ist, daß diese Frage unter den Veteres Controvers gewesen), durch Brutus und Scaevola auf *furtum usus* ausgedehnt worden (Gell. N. A. 7, 15). c) Durch des Brutus *sententententia, partum ancillae ad fructuarium non pertinere,* (*fr. 68. D. de usufr. 7, 1*) ward eine *vetus quaestio* entschieden und so in der Sclavengeburt die Menschenwürde anerkannt. d) Durch die *auctoritas Aquilii Galli* ward geltend, daß Jemand zum Erben *excepta re singula,* und ein *postumus nepos,* welcher der Sohn

eines vor dem Testator versterbenden Sohnes ist (s. g. *postumus Aquilianus*) zum Erben eingesetzt werden könne (*fr. 74. D. de her. inst. 28, 5; fr. 33. § 1. D. de subst. 28, 6*). e) *Praesumtio Muciana*, daß ehemännliche Schenkung als Quelle jedwedes zweifelhaften Erwerbs der Gattin während der Ehe gelte. f) Ausspruch des Trebatius zu Gunsten des *emtor domus*, wenn der Verkäufer sich einen Auszug vorbehalten hatte (*exceptio habitationis: fr. 21. § 6. D. de act. emti 19, 1*).

Das *scribere*, welches neben dem *cavere* und *respondere* genannt wird (*Cic. de orat. 1, 48*), ist zunächst nichts weiter als die schriftliche Ausübung dieser zwei Berufsthätigkeiten, die selbstverständlich überhaupt sehr oft ineinander flossen. Namentlich bei Testamentsabfassungen, einer wichtigen Lebensangelegenheit jedes ordentlichen Römers, war Rath und Beistand angesehener Juristen willkommen; *Cic. de or. 2, 8* sagt mit Bezug auf diese Praxis des Oberpontifex Scaevola: „*Si, inquam, Scaevola, nullum erit testamentum recte factum, nisi quod tu scripseris, omnes ad Te cives cum tabulis veniemus, omnium testamenta tu scribes unus.*" —

Diese gesammte Thätigkeit, welche in der *fori disputatio* und *juris interpretatio* zusammengefaßt war, unterschied sich von der *causarum opera* (*Cic. de leg. 1, 4*), d. h. von der rednerischen Unterstützung der Proceßparteien seiten angesehener und erfahrner Redner (*Patroni*).

2) Die Theorie in schriftstellerischer Form entwickelte sich auf natürlichste Weise aus jenem *scribere*. Rudorff (I. § 62. Anm. 28) erwähnt der Breite der Gutachten des Brutus bei *Cic. de or. 2, 33. 55.* im Vergleich „mit der sauberen *species facti* der classischen Juristen": wir erblicken in dieser naiven Breite den ersten Schritt der literarischen Entfaltung; ein Gutachten war in dieser frühen Zeit etwas Größeres als später, oft eine sachliche Schöpfung von eminenter Tragweite, und neue Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen, gab es noch keinen geeigneten literarischen Typus von entwickelter Selbständigkeit. Ein Beispiel davon, wie das (schriftliche) Respondiren in die Schriftstellerei überging, erhalten wir aus Gellius' (7, 15) Erzählung, daß der Begriff des *furtum usus*, durch Responsen des Brutus begründet, dann in die Darstellung des *jus civile* des Scaevola (*lib. 16*) übergegangen sei (vergl. Sanio Zur Gesch. d. Röm. Rechtswiss. S. 40).

Die Entstehung der juristischen Literatur steht im engsten Zusammenhang mit der Röm. Literaturgeschichte überhaupt. Von dieser bemerkt Deuerling, Cicero's Bedeutung f. d. Röm. Literatur (Augsb. 1865), S. 9: „Ein Wendepunkt trat ein mit der Unterwerfung Unteritaliens durch Rom. Die Römer, welche schon früher mannigfache Berührungspunkte mit den Hellenen Großgriechenlands und Siciliens gehabt hatten, wurden nun auch mit der hellenischen Literatur bekannt (270). Diese, damals abgeschlossen und von seltner Vollendung, machte auf die Römer, die eben zu einer feineren Cultur übergingen und aus der eignen Vergangenheit nichts auch nur entfernt Aehnliches entgegenzustellen hatten, einen mächtigen Eindruck. Indeß ein Gemeingut

des Röm. Volks konnte sie nicht werden, weil sie im nationalen Leben desselben keine Wurzel hatte: sie blieb längere Zeit hindurch ein Besitzthum der vornehmen Welt und wurde von ihr als Mittel zu feinerem Lebensgenuß und als nützliche Beigabe zu Zwecken des öffentlichen und Privatlebens betrachtet. Die Beschäftigung mit der griechischen Kunst und Wissenschaft ward damals sehr äußerlich und ohne Zusammenhang mit dem nationalen Leben betrieben. Einen neuen Impuls gab die berühmte Gesandtschaft der drei griechischen Philosophen und Redner Karneades, Diogenes und Kritolaos (155 v. Chr.), die durch ihre mit allem Flitter der griechischen Rhetorik ausgestatteten Vorträge großes Aufsehn machten. Mehr als früher suchte man jetzt mit Hülfe der fremden Literatur eine eigene lateinische Literatur zu gründen."

Mommsen (R. Gesch. I. S. 895) sagt: „Der Höhepunkt der Röm. Entwicklung ist die literaturlose Zeit. Erst als die Röm. Nationalität sich aufzulösen und die hellenisch-kosmopolitischen Tendenzen sich geltend zu machen anfingen, stellte im Gefolge derselben die Literatur in Rom sich ein; und darum steht sie von Haus aus und mit zwingender innerlicher Nöthigung auf griechischem Boden und in schroffem Gegensatz gegen den specifisch Römischen Nationalsinn". Hiervon ist Eine Ausnahme zu machen: die juristische Literatur, sie war der nationalste Theil der Röm. Literatur, und man hat die in ihr niedergelegte Theorie nicht mit Unrecht die Philosophie der Römer genannt. Der Oberpontifex Scaevola und der Redner Sulpicius, jener der Lehrer, dieser der Freund Cicero's, waren wissenschaftliche Köpfe ersten Ranges; sie sind es, welche die Rechtswissenschaft dem universellen Reigen der wissenschaftlichen Disciplinen eingereiht haben, und die Jurisprudenz aller Zeiten hat sie als ihre Urheber und Patriarchen zu feiern. Sie könnten vielleicht in gewisser Hinsicht mit Sokrates und Platon verglichen werden. Sulpicius aber zeichnete sich nicht bloß durch seine wissenschaftliche Methode, sondern auch durch bedeutende schriftstellerische Fruchtbarkeit aus, und scheint der Erste gewesen zu seyn, dessen Schriften im Großen und Ganzen bleibenden Werth behielten; bis in die spätere Zeit wurden seine Schriften citirt und seine Ansichten als maßgebend erwähnt. Vergl. Schneider *Quaestt. de Servio Sulpicio* (*Lips. 1834*), *I. p. 81 sq.* —

Aus der Casuistik ist die Röm. Jurisprudenz erwachsen, und von daher ist ihr immer ein gewisses casuistisches Gepräge geblieben; aber es war freilich das edelste Metall, welches in dieser Form ausgemünzt ward. In schulgerechter Definition und systematischer Composition sind die Röm. Juristen nie groß gewesen, auch nicht die der späteren (s. g. classischen) Zeit; fast immer urtheilten sie vom einzelnen Falle aus und betrachteten diesen gerade nur von derjenigen Seite, welche in Frage kam, daher ihre Entwicklung oft den Anstrich von Einseitigkeit erhält; allein indem sie von lebendigen Fällen ausgingen und diese Fälle in lebendiger Anschauung auffaßten, argumentirten sie mit einer

Sicherheit des Blicks und schöpften sie aus solchen Tiefen des Rechtslebens, daß ihre Gutachten und Schriften — selbst in der uns erhaltenen fragmentarischen Beschränktheit — einen unerschöpflichen und für alle Zeit ergiebigen Born der Jurisprudenz abgeben.

Es ist noch ein Zweites, was die Jurisprudenz der Veteres karakterisirt und von ihnen auch auf die Späteren übergegangen ist: die traditionelle und schulmäßige Bahn der Fortbewegung. Da ist kein subjectives Belieben und speculatives Experimentiren, kein Spielen mit Einfällen und Paradoxien, sondern allenthalben Handreichung vom Vorgänger auf den Nachfolger („*per manus traditum*" Pap. in *fr. 10. D. de jure codic. 29, 7*), Respect vor der bewährten Autorität der Lehrer, vorsichtiges, immer die Vorgängerschaft pietätvoll berücksichtigendes Weiterbauen und darum das schließliche Ergebniß, d. h. der ganze Aufbau der Röm. Wissenschaft, welcher ein imposantes Gefüge von Quadern ohne Lücke und Riß ist. — Vergl. Zimmern Gesch. d. R. R. I. § 56.

IV.

Juristische Schulausdrücke.

Zu § **185**] Dieselben mögen sich im Laufe dieser Periode festgestellt haben (vergl. die Formel der *stipulatio Aquiliana* in *fr. 18. § 1. D. de accept. 46, 4*). Zur Bezeichnung der verschiedenen Interessenten in den vorgetragenen Rechtsfällen waren die Namen L. Titius, G. Sejus und P. Maevius besonders beliebt (s. z. B. *fr. 67. D. de cond. ind. 12, 6; fr. 88. D. de legat. II.*); daneben finden sich auch L. Sempronius, G. Cornelius (*fr. 59. D. de mand. 17, 1*) u. A.; oder ohne Pränomen kurz Titius, Sejus, Maevius, Calpurnius, oder aber bloß die Vornamen Gaius, Lucius (z. B. in *fr. 27. D. de legat. II.*). Nicht selten finden sich aber anch die abstracten Zahlnamen: *Primus, Secundus, Tertius* (z. B. bei Paulus in *fr. 82. § 1. D. de leg. II.*, bei Ulpian in *fr. 19. D. de condit. 35, 1*, und *fr. 1. § 8. D. de separ. 42, 6.*).

Auch Grundstücke, welche als Streitobjecte vorgestellt wurden, pflegten mit einem Individualnamen belegt zu werden, z. B. *fundus Cornelianus*, *Titianus, Sejanus, Sempronianus*, *Julianus;* oder sie wurden nach ihrer Ortslage unterschieden: *fundus Gabinianus, Tusculanus, Campanus, Lutatianus* (z. B. in *fr. 78. 91. 93. D. de legat. III.; fr. 12. D. de ann. legat. 33, 1*).

Zur Bezeichnung von Sklaven und Freigelassenen wurden griechische Namen vorgezogen: *Stichus*, *Dama*, *Eros*, *Pamphilus*, *Diphilus;* andere Namen s. in *fr. 87. § 2. D. de legat. II.* Doch kommt auch *Titius* als Name eines Freigelassenen vor (*fr. 21. § 4. D. de ann. legat. 33, 1*).

Ebenso constant scheinen die processualen Schulausdrücke gewesen zu seyn; sie begegnen uns noch in den Institutionen des Gaius und in den Digesten Justinian's. Mit Aul. Agerius und Numerius

Negidius wurden die Rollen des Klägers (*is, qui ait et agit?*) und Beklagten (*is qui numerare negat?*) bezeichnet, z. B. bei Gai. 4, 47. 131. — Aus welcher Zeit diese künstliche Terminologie stamme, ist nicht zu sagen; alt ist sie gewiß; doch kommen in den Formeln der *lex Rubria* Q. Licinius als Kläger und L. Sejus als Beklagter vor. Numerius war ein dem Fabischen Geschlechte eigenthümliches Pränomen, und ein Fabier (Servius Fabius Pictor, Cato's jüngerer Zeitgenosse) war Verfasser einer Schrift *de jure pontificio* (s. Schwegler Röm. Gesch. I. S. 77); ob von diesem oder in Erinnerung an ihn der „Numerius" in die Proceßschule gekommen ist?! „Negidius" ist gleichfalls ein reeller Name (s. z. B. Mommsen R. Gesch. II. S. 11.). — Julian in *fr. 18. § 2. D. de m. c. don.* (*39, 5*) führt eine *Ageria* auf, ohne an eine processuale Rolle derselben zu denken, ebenso Scaevola einen Negidius (*libertus*) in *fr. 33. D. de usu leg.* (*33, 2*).

Ueber solche „Blanketnamen" vergl. auch v. Keller Röm. Civilproc. § 40. Anm. 460; Ihering Geist d. R. R. II. S. 614; v. Bethmann-H. Civilproc. II. S. 409. — Ueber die der altröm. Ehe eigenthümliche Formel: *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia* (*Gavius* = Stier- oder Heerdenbesitzer — wo du Hausherr bist, bin ich Hausfrau!) s. Roßbach Unters. üb. d. Röm. Ehe (1853) S. 352—6.

XXII. Kapitel.

IV. Rechtsfähigkeit.

(Zu § 188-192)

Zu § **188** u. **190**] Die allgemeine Nivellirungstendenz dieser Zeit zeigte sich namentlich in Ansehung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit. Einmal fiel innerhalb der Bürgerschaft die bisherige Abstufung von Voll- und Halbbürgern fast ganz hinweg, indem theils manchen Passivbürgergemeinden, z. B. Capua, infolge des 2. pun. Krieges das Bürgerrecht ganz entzogen, theils den übrigen das volle Bürgerrecht gewährt ward; es gab seitdem nur noch „einzelne vom Stimmrecht aus besonderen Gründen ausgeschlossene Individuen" (Aerarier). Vergl. Mommsen R. Gesch. I. S. 809 u. Lange Alterth. II. S. 202—4. Zweitens sanken die latinischen Bundesgenossen, welche mancher Vorrechte vor den übrigen italischen Verbündeten sich erfreut hatten, mehr und mehr auf deren Niveau herab: die Freizügigkeit ward ihnen beschränkt, und den neuen latinischen Colonien überhaupt nicht mehr bewilligt; die Steuer- und Kriegslast fiel ihnen jetzt ebenso zu, das Münzrecht ward ihnen ebenso entzogen oder verkümmert, wie den übrigen, und die Erlangung des Bürgerrechts für latinische Gemeinden und Einzelne immer mehr erschwert. Vergl. Mommsen I. S. 670. 809—813. Lange II. S. 110. 190—194. 205.

Anderseits fing man an, neu anzulegenden Städten nicht das latinische, sondern das volle Bürgerrecht zu ertheilen, „und die bisher fast

regelmäßige Erweiterung der Latinerschaft durch neu hinzutretende Gemeinden hatte damit ein Ende. Aquileja, dessen Gründung 183 begann, ist die jüngste der italischen Colonien Rom's geblieben, welche mit latinischem Recht beliehen wurden; den ungefähr gleichzeitig ausgeführten Colonien Potentia, Pisaurum, Parma, Mutina, Luna (184 bis 177) ward schon das volle Bürgerrecht gegeben", da Röm. Bürger jetzt nicht mehr mit Ertheilung der gesunkenen Latinität zufrieden seyn konnten.

„Die Röm. Bürgerschaft erfüllte in ziemlich geschlossener Masse Latium im weitesten Sinn, die Sabina und einen Theil Campaniens, so daß sie an der Westküste nördlich bis Caere, südlich bis Cumae reichte; innerhalb dieses Gebiets standen nur wenige Städte, wie Tibur, Praeneste, Signia, Norba, Ferentinum, außer derselben. Dazu kamen die Seecolonien an den italischen Küsten, welche durchgängig das Röm. Vollbürgerrecht besaßen, die picenischen und transapenninischen Colonien der jüngsten Zeit, und eine sehr beträchtliche Anzahl Römischer Bürger, die, ohne eigentlich gesonderte Gemeinwesen zu bilden, in Marktflecken und Dörfern (*fora et conciliabula*) durch ganz Italien zerstreut lebten." Mommsen I. S. 818. Diese Bürgerschaft schloß sich gegenüber der übrigen Bevölkerung Italiens fast hermetisch ab, und der gemeinsam auf diese geübte immer wachsende Druck schärfte den Gegensatz, an welchem nun auch die Latiner vollen Antheil hatten, steigerte die Unzufriedenheit und bereitete die Empörung vor. Mommsen II. S. 222—4. Eine solche war jedoch bei der Geschlossenheit der Röm. Bürgerschaft und der Getheiltheit der Bundesbevölkerung schwierig. Aus den Censuszahlen der Jahre 115 und 70 läßt sich schließen „daß die Zahl der Bürger nicht sehr viel geringer war, als die der italischen Bundesgenossen, und auf ungefähr 400,000 waffenfähige Bürger mindestens 500,000, wahrscheinlich 600,000 Bundesgenossen, daß also für die Zeit des Bundesgenossenkriegs in Italien auf zwei Bürger drei Nichtbürger kamen." Mommsen II. S. 225.

Erst als durch die wiederholten revolutionären Erschütterungen und das zersetzende Parteigetriebe der Marianischen Zeit das Röm. Staats- und Gesellschaftsgebäude ins Schwanken kam, konnte eine italische Empörung Aussicht auf Erfolg haben. Der 150jährige Damm, welcher von der Röm. Bürgerschaft aufgerichtet worden, ward durch das *bellum sociale* gebrochen, und Rom mußte seinen Widerstand gegen die Ansprüche der Italiker auf politische Gleichberechtigung aufgeben: es ward nun der größte Theil der freien italischen Bevölkerung zum Röm. Bürgerthum zugelassen (90—88 v. Chr.). Vergl. Mommsen II. S. 225—7; 242; 250; 313.

Den hierdurch begründeten neuen Zustand ließ auch Sulla bestehen in seiner sonst mit aller Nachdrücklichkeit eines geschlossenen politischen Systems durchgeführten Restauration. „Jeder Bürger einer italischen Gemeinde war damit von selbst auch Bürger von Rom, die Unterschiede zwischen Bürgern und italischen Bundesgenossen zwischen

Negidius wurden die Rollen des K... ...kteren Rechts waren und
klagten (*is qui numerare negat?*)
— Aus welcher Zeit diese k...
zu sagen; alt ist sie gewi...
bria Q. Licinius als Klä...
war ein dem Fabisch...
ein Fabier (Serviu...
Verfasser einer S...
I. S. 77); ob v...
die Proceßsch...
Name (s. z...
§ 2. D. d...
suale R...
tus) ir...

... Kapitel.
... Privatsphäre.
(§ 193-199)
I.

Die Römische Mobiliar- und Geldwirthschaft.

(§ 193) Durch die Möglichkeit, Alles mit Geld zu kaufen, tritt der Consumtionswerth der Dinge gegen den Tauschwerth zurück, die Güter werden mehr und mehr nach Geld geschätzt, der Werth der Dinge überhaupt wird in der Vorstellung der Menschen immer mehr ein reiner Tauschwerth, d. h. Geld, so daß sich der Tauschwerth mit dem Consumtionswerth, und da der Tauschwerth in Geld besteht, sich der Werthbegriff überhaupt fast mit dem Geldbegriff identificirt“. Nirgends so wie in dieser Periode in Rom hat sich das bezeichnete wirthschaftliche Entwicklungsgesetz bewahrheitet.

Von Alters her, wie es scheint, seit der Servianischen Censusverfassung erschien den Römern das Geld als die wichtigste Form des flüssigen Vermögens; *aes alienum* bedeutete allgemein Schuldverbindlichkeiten, der Tribut ward in Geld entrichtet, auf Geld gingen in alter Zeit auch alle klagbaren Obligationen unter Privaten (*fr. 108. D. de V. S.*). Im Volks- und Juristenmunde drückte dann *pecunia* schlechthin jedweden Vermögensbestand aus („*Omnia corpora, omnes res, tam soli quam mobiles, et tam corpora quam jura*“ (*fr. 178. pr., fr. 222. D. de V. S.*); die *lex Cornelia* über Bürgschaften verstand unter „*pecunia*“ *omnes res* (Gai. 3, 124); *rei ejusdem pecuniae* bedeutete soviel als *rei ejusdem debiti;* in Stipulationen über Erbschaften wurden diese mit dem Worte *pecunia* bezeichnet, wie Celsus (*fr. 97 eod.*) angibt (vergl. dazu *fr. 50. D. ad Sct. Treb. 36, 1*): wobei wir uns erinnern, daß Cicero die *hereditas* eine *pecunia* nannte (*Top. 5; de invent. 2, 21; de leg. 2, 19. 21*), und er sich damit an den Wortlaut der XII Tafeln anschloß. Constantin in *l. 22. Cod. de adm. tut.* (*5, 37*) bemerkte: *in pecunia robur omne patrimoniorum Veteres posuerunt*, und Justinian in *l. 2. Cod. de const. pec.* (*4, 18*) führt mit Rücksicht auf die *actio constitutae pecuniae* aus, daß „*Veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiant, et hujusmodi vocabulum et in libris juris auctorum et in alia antiqua prudentia manifestissime inventum sit.*“ Wir ersehen hieraus, daß der Gedanke, welcher von Paulus (*fr. 5. pr. D. de V. S.*) so ausgedrückt wird: „*pecuniae significatio ad ea refertur, quae in patrimonio sunt*“, das Römische Verkehrsleben beherrschte. Das aber konnte in solchem Maße nur da der Fall seyn, wo seit alter Zeit der Vermögensbestand (zuerst in publicistischem Interesse) auf Geld reducirt ward, und allmählich das Ver-

-sleben immer mehr in städtische Mobiliarwirthschaft überging; das ist die feinste Form der Mobiliarwerthe, und darum gipfelt die he Mobiliartendenz in der Geldwirthschaft. Abgesehen von der · feinen und unendlich expansiven Vermögensmacht des Cre- u dessen voller Entwicklung es das classische Alterthum nicht achte und überhaupt nicht bringen konnte (denn ihm ging die Werthschätzung der Arbeit und der operativen Zeugungskraft des freien Menschen ab), bietet der Geldbesitz die parateste und universellste Vermögensmacht. In demselben Maße, als der Verkehr alles Nationalgut flüssig macht und dem Markte zuführt, vermag man mittels Geldes das Meiste, macht man sich zum Herrn des Augenblicks und jeder Conjunctur, und hat man in den disponiblen Geldsummen potentiell alle Grundstücke und Sklaven, Pretiosen und Victualien, kurz alles was feil ist. So ist das Geld die unterwürfigste, servilste und dienstbarste Vermögensform und mithin dasjenige Gut, an welchem die Qualität des privaten Rechtsobjects am reinsten und vollkommensten verwirklicht ist. Das aber mußte dem Römischen Rechtssinn bei seiner entschiedenen Richtung auf Durchbildung der Grundzüge aller civilistischen Entwicklung ganz besonders willkommen seyn und commercielle Befriedigung gewähren. — In der dritten Periode, mit der Silberprägung und Münzcentralisation, dürfte dieses wirthschaftlich-rechtliche Entwicklungsmoment vollendet worden seyn.

Im engsten Zusammenhang mit dieser geldwirthschaftlichen Tendenz stand die Sklavenwirthschaft,* welche im Verlauf dieser Periode die größten Dimensionen annahm.** Die industrielle Arbeit war ohne nationales Ansehn und lag auf den Schultern der Sklaven, durch deren abhängige Stellung sie fast ganz in den Grenzen der Hausindustrie gehalten ward. Sklavenarbeit ist immer die billigste, und darum hält sie den freien Aufschwung und Wetteifer der wirthschaftlichen Kräfte nieder. Das zeigte sich an Rom und Italien jetzt. Indem die nationale Productivkraft brach blieb, der Ackerbau in den Latifundien zurückging und die städtische Industrie von den Largitionen überwuchert ward, machte Rom sich immer mehr von den Productivkräften der Provinzen abhängig; dem Import von Naturalwerthen gegenüber hatte es fast nur Metall und Geld aufzuweisen. „Es entstand ein Mangel an Consumtionswerthen und ein Ueberfluß an Tauschwerthen. Dies nöthigte zur Ausgleichung der Verhältnisse durch regen Handel, bei welchem auf Seiten der Fremden die Producte, auf Seiten der Römer das Geld waren. Das Hauptagens des Römischen Verkehrs wurde so das Metallgeld, und es entstand die mit dem Namen der Römischen Geldwirthschaft bezeichnete specifisch Röm. Wirthschaftsart.“ v. Scheel in d. Jahrbb. für Nat.-Oek. u. Stat. 1866. I. S. 330.

Wie die Röm. Volkswirthschaft sich im Großen und Ganzen nie über die Stufe der Geldwirthschaft hinaus zur Creditwirthschaft

---

*) s. Cursus § 123. **) s. oben Excurse zu § 151—160. No. V.

erhoben hat (s. Endemann die national-ökonomischen Grundsätze der canonistischen Lehre; Jena 1863. S 73.): so ist auch der Verkehr nie über den gewöhnlichen Gewerbebetrieb hinaus zum eigentlichen Merkantilismus gelangt. Die corporative Neigung, so wichtig, ja unerläßlich für den Handel, fehlte den Römern zu sehr, ihre *societas* war für Privatleute, aber nicht für Kaufleute organisirt. Durch die Privatorganisation der Sklavenarbeit, vermöge deren die Producte während des ganzen Verlaufs des Productionsprocesses bis zur Consumtion höchst selten den Besitzer wechselten, war der Güterumlauf auf ein Minimum beschränkt (s. Rodbertus i. d. Jahrbb. f. Nat.-Oek. u. Stat. Bd. IV. S. 343). Die Röm. Nation war ihrer ganzen Anlage nach durchaus nicht kaufmännischer Art: zeigt doch das nationale *odium*, welches über den *argentarii*, wie über den *nautae* schwebte, ebenso auch die Sitte, durch Sklaven Geschäfte zu treiben und Urkunden unterzeichnen zu lassen (*fr. 5. § 4. D. de auct. tut. 26, 8*), hinreichend die Abkehrung des Röm. Sinnes von kaufmännischer Art. Es fehlte den Römern überhaupt die speculative Beweglichkeit, welche sie an den Griechen zu bewundern Gelegenheit hatten; nur ihre angeborene haushälterische Sparsamkeit, ihr praktischer Organisationstrieb und ihr Sinn für solide Lebensordnungen schienen sie für gewisse Arten des Geschäftsbetriebs oder der Geschäftsleitung zu befähigen, und dazu standen ihnen freilich die nöthigen Geldmittel in unvergleichlichem Maße zu Gebote; aber auch hier sehen wir die merkantile Engigkeit ihrer Triebe: die großen Kapitalien liebten es immer, sich den wirthschaftlich gar nicht oder sehr wenig productiven Unternehmungen, als: Steuerpachtungen, Wechsler- und Darlehnsgeschäften, zuzuwenden.

Was nun aber von handelsrechtlichen Elementen im Röm. Recht doch angetroffen wird, verdankt vornehmlich dieser Periode seine Entstehung. Die Expensilation und ihre besondere Ausbildung für die *argentarii*,* die *actio recepticia* (? s. Ihering Geist d. R. R. III. S. 207), die *societates argentariorum* und *venaliciorum*, die *partes societatum publicanorum*, die *actio institoria* und *tributoria*, die *pecunia trajecticia* zeigen uns Ansätze einer merkantilen Rechtsbildung, und ihre Entwicklung und Blüte gehören den letzten Jahrhunderten der Republik an. Mommsen (R. Gesch. I. S. 855) sagt: „Der Ausgangspunkt der Röm. Geldwirthschaft war natürlich das Leihgeschäft, und kein Zweig der commerciellen Industrie ist von den Römern eifriger gepflegt worden, als das Geschäft des gewerbmäßigen Geldverleihers (*fenerator*) und des Geldhändlers oder des Banquiers (*argentarius*). Das Kennzeichen einer entwickelten Geldwirthschaft, der Uebergang der größeren Kasseführung von den einzelnen Capitalisten auf den vermittelnden Banquier, der für seine Kunden Zahlung empfängt und leistet, Gelder belegt und aufnimmt, und im In- und Ausland ihre Geldgeschäfte vermittelt, ist schon in der catonischen Zeit vollständig entwickelt. Aber die Banquiers

---

*) s. Cursus § 130 u. Excurse zu § 123—131. No. IV. u. V.

machten nicht bloß die Kassirer der Reichen in Rom, sondern drangen schon überall in die kleinen Geschäfte ein und ließen immer häufiger in den Provinzen und Clientelstaaten sich nieder. Schon fing im ganzen Umfange des Reichs es an, so zu sagen, Monopol der Römer zu werden, den Geldsuchenden vorzuschießen." Cicero (*pr. Fontej.* 5) entwirft uns von der *Gallia Narbonensis* kaum 50 Jahre nach ihrer Einrichtung als Röm. Provinz folgendes Bild: *„Referta Gallia negotiatorum est, plena civium Romanorum. Nemo Gallorum sine cive Romano quidquam negotii gerit; nummus in Gallia nullus sine civium Romanorum tabulis commovetur"*.

Die Römer ließen trotz der staatsrechtlichen Nivellirung Italiens die *„consuetudines locorum"*, soviel möglich, unangetastet,* allein, indem sie die ganze (freie) Bevölkerung Italiens zur Civität zuließen, gaben sie dem Röm. Privatrecht für den Massenverkehr einen solchen Nachdruck, daß derselbe sich bis an die Grenzen des *Orbis Romanus* nach allen Seiten hin mit Uebermacht geltend machen mußte. Das Röm. Privatrecht ward innerhalb dieser Grenzen zum Verkehrsrecht im eminenten Sinn. In dem knappen und correcten Styl des *jus strictum* mit der übersichtlichen und sicher berechenbaren Tragweite seiner Rechtsgeschäfte (s. Ihering Geist d. R. R. II. S. 480), in der einfachen und doch biegsamen Solennität der *stipulatio* und in dem ganzen alten System abstracter, d. h. den speciellen Geschäftsgrund und das Valutaverhältniß verhüllender Obligationen, zu welchen unser modernes Handelsrecht zurückgekehrt ist (s. allg. deutsch. Handelsges. B. Art. 301), ferner in dem wichtigen Satze, daß der Gewaltuntergebene durch seine rechtsgeschäftliche Thätigkeit das Erwerbs- und Operationsinstrument seines Gewalthabers seyn könne, waren so bedeutende Vorzüge vor dem Peregrinenrecht gegeben, daß das Röm. Recht für den gewerblichen Unternehmungsgeist wohl geeignet schien, und für jene Zeit neben dem Peregrinenrecht etwa das leisten mochte, was bei uns heutzutage das besondere Handelsrecht neben dem gemeinen Civilrecht leistet. (Vergl. Voigt d. *jus naturale*, II. S. 847). Zwischen dem altröm. Recht und diesem modernen Handelsrecht besteht überhaupt betreffs der juristischen Technik eine tiefer begründete Verwandtschaft, als gewöhnlich angenommen wird.

Jener Vortheile theilhaft zu werden, mag eben so sehr, wie die publicistische Gleichstellung und der criminelle Schutz der Person (Freiheit von Todes- und Prügelstrafe: *Civis Romanus sum! Cic. Verr. 5, 62*), ein Beweggrund für die Anstrebung der Röm. Civität, sowie eine hauptsächliche Ursache der künstlichen Ausbreitung der Latinität** über die Provinzen gewesen seyn. In der Mehrzahl waren es schwerlich Nationalrömer, welche die Speculation belebten und fortspannen, sondern Punier, Rhodiser, Alexandriner, spanische, gallische, byzantinische Hellenisten, Freigelassene aller Nationalitäten und deren Nach-

*) s. Cursus § 199 u. Excurse zu § 193—199. No. II.

**) s. Cursus § 190

kommen, welche die kaufmännische Routine schon als Familienerbtheil überkamen. Mommsen (II. S. 403. 416) denkt sich „die kaufmännische Emigration“ in den orientalischen Provinzen wohl zu sehr als eine nationalrömische. Vergl. dazu Marquardt Alterth. III. 1. S. 289. Wir dürfen auch annehmen, daß besonders von dieser das Röm. Verkehrsrecht übenden hellenistischen Reichsbevölkerung die Annäherung der hellenistischen Rechtsgebräuche an das Röm. Recht gefördert wurde, welche sich im Laufe der dritten Periode vollzog. Die Röm. Staatspächter hatten in den Provinzen vorzugsweise mit solchen Hellenisten zu thun, dort erfüllten sie sich mit freieren (liberalen und laxen!) Anschauungen, und seitdem aus dem Ritterstande die Gerichte besetzt wurden (Mommsen II. S. 114), fanden sie Gelegenheit, diesen Anschauungen Eingang in Rom zu verschaffen. Die (für längere Zeit durchgesetzte) Verdrängung der Senatoren durch die Ritter mag entscheidend gewesen seyn für die Anerkennung des direct in das Civilrecht einströmenden *jus gentium* und für die Sanctionirung des modernen *mos Civitatis*. —

Es liegt in dem Verkehrsgepräge der Mobiliarwirthschaft ein eigenthümlicher Fortschritt über den Naturgrund aller traditionellen Lebens- und Rechtsordnungen hinaus und eine Emancipation von dem Bande der Natur, mithin eine Cultivirung des Rechts, welche zugleich eine Mobilisirung der entwicklungsfähigen Elemente der bis dahin noch ziemlich schwerfälligen Gesammtmasse des Rechtsbestandes ist. Eine solche Mobilisirung pflegt sich auf dem Schauplatze großstädtischen Verkehrslebens zu vollziehen, und darum nimmt in diesem Processe das Recht mehr oder weniger die Signatur der *urbanitas*, immer mehr städtischen Typus an. Nach dem Grundsatze, daß der Karakter der *praedia*, wie der *mancipia „non loco, sed qualitate et genere“* bestimmt werde (*fr. 166. 198. D. de V. S.; l. 6. C. de praed. 5, 1*), ward der Stadtkarakter auch auf das platte Land übertragen; nicht bloß, was innerhalb der Stadtmauern lag, sondern Alles mit der Stadt in baulicher Continuität Zusammenhängende ward später zur Stadt gerechnet (*fr. 87. 139. 147. 154. D. de V. S.*). Unter denselben Gesichtspunkt kann die sonst merkwürdige und nur dadurch erklärliche Anschauung gestellt werden, wonach nicht das Gebäude als ein Theil des Grundstücks, sondern umgekehrt der Grund und Boden, welcher überbaut wird, als Theil des ihn gleichsam individualisirenden Gebäudes galt (*fr. 49. D. de rei vind. 6, 1; fr. 20. § 2. D. de serv. pr. urb. 8, 2*). Im Zusammenhange dieser Entwicklung erklärt sich ferner, daß, während das System der Rusticalservituten keine namhafte Weiterbildung erfuhr und im Vergleich mit der Fülle des germanischen Rechtslebens in diesem Gebiete fast kümmerlich blieb, nun die Urbanservituten in reicher Entwicklung hervortraten, um allerhand nachbarschaftlichen Feinheiten Geltung zu verschaffen; auch erkennen wir nun, warum die *usucapio servitutum* (durch die *lex Scribonia*) und die *usucapio hereditatum* (durch *desuetudo*) aufgehoben wurden, denn jene Usucapion war

für Urbanservituten nicht so dringend indicirt, und diese Usucapion hatte jetzt, wo Vermögensmassen nicht mehr vorzugsweise aus (Land-) Grundstücken, sondern mehr und mehr aus Mobiliarwerthen bestanden, eine gesunde Basis zu haben aufgehört.

II.

Fortbestand der Particularrechte im Reich.

Zu § **199**] Mit der Ausbreitung des Röm. Bürgerrechts und der fortschreitenden Beeinflussung aller Verkehrsverhältnisse durch die Röm. Ansiedler in den Provinzen nahm wohl die Nivellirungstendenz zu, indeß läßt sich durch Rückschlüsse aus späterer Zeit constatiren, daß noch lange particularrechtliche Strömungen zugelassen und die *consuetudines locorum, regionum, civitatium, provinciarum* gewahrt blieben. Die „*leges moresque peregrinorum*" wurden in Bezug auf Ehe und Bürgschaft anerkannt, wie wir bei Gai. 1, 92 und 3, 120 angeführt finden; Peregrinen testirten „*secundum leges civitatis suae*", wie Ulp. 20, 14 sagt, und Letzterer setzt von den Proconsuln allgemein voraus, daß sie die „*consuetudo civitatis vel provinciae*" berücksichtigten (*fr. 34. D. de leg. 1, 3*). Die durch Diokles für Syrakus (i. J. 415 v. Chr.) besorgte Codification des Rechts, welche sich in Sicilien zu fast allgemeiner Geltung erhoben hatte, ward von den Römern durch die *lex Rupilia* und noch später dauernd anerkannt; aus einem unter Galba erlassenen Statthalteredict erkennen wir, daß das besondere eheliche Güterrecht der Aegyptischen Provinzialen (προΐξ: Mitgift, die nicht Eigenthum des Mannes ward) aufrecht erhalten wurde. Vergl. Haenel *Corpus legum* p. 279. Voigt d. *jus naturale* d. Römer II. S. 374—413. 697. Bechmann Röm. Dotalrecht I. S. 111—113. In Rescripten der *divi Fratres* (*fr. 71. D. de contr. emt. 18, 1* und *fr. 3. § 6. D. de test. 22, 5*) wurde hinsichtlich des Maßes und Preises beim Waarenhandel, sowie der Requisition entfernter Zeugen, von Gaius (*fr. 6. D. de evict. 21, 1*) hinsichtlich der *cautio pro evictione*, von Paulus (*fr. 6. D. quod univer- sit. 3, 4*) hinsichtlich der gerichtlichen Vertretung der Corporationen, von Gaius (*fr. 3. D. de eo, quod certo loco 13, 4*) und Ulpian (*fr. 7. § 10. D. de admin. tutor. 26, 7* und *fr. 39. § 1. D. de leg. I.*) hinsichtlich des Zinsfußes, von Letzterem ferner (*fr. 13. § 1. D. comm. praed. 8, 4*) hinsichtlich öffentlicher Benutzung von Steinbrüchen auf Privatgrundstücken und (*fr. 50. § 3. D. de leg. I.* und *fr. 34. D. de R. J.*) hinsichtlich der Auslegung von letzten Willen und Verträgen, von Modestin (*fr. 32. § 6. D. de adm. tut. 26, 7*) hinsichtlich der Frage, ob die *domini* oder *conductores praediorum* die *onera annonarum et contributionum temporalium* zu tragen hätten, auf den *mos regionis* oder *provinciae* verwiesen, und selbst die Peregrinenterminologie ward von den Röm. Juristen berücksichtigt, wie wir aus den hellenistischen *syngraphae* bei Gai. 3, 134 und dem (den griechischen Paraphernen verglichenen) Gallischen *peculium* bei Ulpian (*fr. 9. § 3. D. de jure dot. 23, 3*) bemer-

kommen, welche d… S. 413ff. 485ff. Voigt *l. c.*
überkamen. M… Röm. Civilproc. II. S. 35. 36. 135.
nische Emigr…
eine nationa…
Wir dürfer…
kehrsrech…
der he…
wurde…
Staa…
nist…
A…

XXIV. Kapitel.

Sponsionen- und Interdictenproceß.

(Zu § 200-212)

I.

Die sponsio praejudicialis und *actio in rem.*

Zu § 201] Abweichend von der im Cursus dargestellten Ansicht Stintzing's, wonach die Präjudicialsponsion eine sehr weite Anwendung fand und mit dieser Wichtigkeit bereits zur Zeit des Legisactionenprocesses vorkam, hat v. Keller (Civilproc. § 25. 27. nach Zimmern R. R. Gesch. III. S. 193) ausgeführt, daß jene Sponsion gerade ganz besonders dem Formularproceß angehöre und hier dem Zwecke dinglicher Klagansprüche gedient habe, denn es sei das *in rem agere per sponsionem* an die Stelle des alten Sacramentsprocesses getreten, um den Vindicationsanspruch auf künstliche Weise mit dem Formularproceß zu vereinigen, bis endlich in einer eigenen *formula in rem* eine Proceßform erfunden worden sei, durch welche die Erörterung und Entscheidung geradezu auf das dingliche Recht gerichtet wurde (s. Stintzing Verhältn. der *leg. actio sacram.* z. d. Verfahren durch *sponsio praejud.* S. 42. 58). Diese Ansicht ist von Römer (d. Erlöschen des kläger. Rechts nach der Einleit. d. Proc. 1852. S. 21) und Müller (Lehrb. d. Instit. § 28. S. 44 u. § 29. S. 45) adoptirt worden. Die Kellerschen Gründe werden von Stintzing *l. c.* S. 43—60 widerlegt; directe Zeugnisse der Quellen sind für jene Ansicht nicht vorhanden, und die innere Verwandtschaft zwischen der *leg. actio sacramento* (*in rem*) und der nachherigen *intentio petitoria* in der Formula ist so eng, daß ein unmittelbarer Uebergang von jener in diese schon an sich wahrscheinlich ist; der materielle Gehalt der alten *judicatio in ipsam rem* erhielt sich dann in der Gestalt des *arbitrium de restituendo* (Stintzing S. 61. 66. Dazu Huschke, Gaius S. 189). —

II.

Ursprung und Zweck der Interdicte.

Zu § **203** u. **205**] Die Stelle, welche die Interdicte im System des materiellen Rechts wie des Proceßrechts einnehmen — denn ihre Bedeutung liegt auf der Grenze beider — ist durch neuere Forschungen an vielen Punkten aufgeklärt worden. Entscheidend war zuerst eine Abhandlung von Huschke *De causa Silaniana* (*Silii causa in Cic. ep. ad Trebat. Testam*) v. J. 1824, wieder abgedruckt in desselben Studien d. R. R. (1830) S. 1—24. Hier ist zuerst der innere Zusam-

menhang des Verfahrens, soweit er durch das Verständniß der *sponsiones* bedingt ist, dargelegt worden; das von Puchta Instit. II. § 169 entworfene Bild des Interdictenprocesses beruht darauf. Eine (nicht ganz vollständige) Uebersicht der einzelnen Interdicte nach der Eintheilung in prohibitorische, restitutorische und exhibitorische gibt Zimmern R. R. Gesch. III. § 73. Vergl. auch Unterholzner Lehre v. d. Schuldverhältnissen II. § 359—372. 380—426, auf dessen Ausführungen hauptsächlich die Heimbachsche alphabetische Darstellung in Weiske's Rechtslexikon V. S. 526ff. gegründet ist. Eine neue Beleuchtung des ganzen Gebiets hat K. A. Schmidt d. Interdictenverfahren d. Römer (1853) gegeben, und er hat viel zur Berichtigung bisheriger Ansichten beigetragen, z. B. über die *interdicta rei persecutionem continentia* und die Delictsnatur der Interdicte (s. Leist d. *Bonor. Possessio I.* S. 354. 366ff.): Schmidt S. 81ff. S. 189ff.

Daß die Interdicte ihrem Ursprunge nach wenigstens theilweise schon der Zeit des Legisactionenprocesses angehören, ist zuerst durch Huschke Studien S. 3ff., Leist *l. c.* S. 325ff. und v. Keller Röm. Civilproc. § 22 dargethan und dann von Schmidt *l. c.* S. 303ff. Rudorff R. R. Gesch. II. § 53 und Witte jun. d. *interd. uti possidetis* (1863) S. 8 angenommen worden; auch v. Bethmann-Hollweg hat in Abweichung von seinem älteren Handbuch d. Röm. Processes (1834) jetzt im Röm. Civilproc. (1864) I. S. 202 sich dieser Ansicht zugewendet. Dagegen hält derselbe an seiner über den Zweck der Interdicte ehedem aufgestellten Ansicht fest, gegenüber der Ansicht von Puchta Instit. II. § 169 und Schmidt *l. c.* S. 302. 318ff., wonach die Interdicte dem Prätor nur zur Einführung neuer Klagrechte gedient haben sollen; v. Bethmann-Hollweg betont mehr die durch den Befehl bewirkte regelmäßige Beschleunigung der Sache und stimmt darin am nächsten mit Rudorff R. R. Gesch. II. § 53 überein.

Es handelte sich in der That bei der Aufstellung von Interdicten um eine Ausfüllung von Lücken des materiellen Rechts, aber zugleich kam es dabei auf ein die Erledigung beschleunigendes und unter einem besonderen Druck stehendes Rechtsmittel an. Schmidt begnügt sich mit dem ersteren Punkte und muß es demgemäß für eine Zufälligkeit erklären, ob dann der Prätor zu einem Interdict oder zu einer *in factum actio* griff. Wir bedürfen der Hinzunahme des zweiten Punktes, um jenen Dualismus von Rechtsmitteln zu erklären und begreiflich zu machen, warum nicht nach völliger Ausbildung des Systems der *in factum actiones* der Prätor überhaupt und allgemein den Interdicten solche ordentliche *actiones* substituirte, und warum in manchen Fällen neben der zugelassenen *in factum actio* ein concurrirendes Interdict beibehalten wurde. Im Zusammenhange hiermit läßt sich auch mit einigen Zügen der Karakter der ganzen Interdictengruppe angeben, während Schmidt auf jedes Kriterium sachlicher Unterscheidung der Interdicte und *in factum actiones* verzichten muß. Im Interdictenwege schritt der Prätor (auch späterhin) vorzugsweise da ein, wo es sich um Wah-

rung der äußeren Ordnung, Aufrechthaltung und Herstellung des gemeinen Friedens und Ungestörtheit der augenblicklich bestehendem Form des Zusammenlebens handelte; demgemäß waren die meisten Interdicte nur possessorischer, nicht petitorischer Tendenz, und ihr Erfolg vornehmlich ein provisorischer, während, wo es sich um definitive Geltendmachung materieller Rechte, des Eigenthums, eines Forderungsrechts u. s. w. handelte, meist *in factum actiones* aufgestellt und die anfänglichen Interdicte durch eigentliche Klagen ersetzt wurden, so das *int. Salvianum* durch die *actio Serviana*, das *int. quorum bonorum* durch die *hereditatis petitio possessoria*, das *int. fraudatorium* durch die *actio Pauliana*, das *int. de superficie* durch die *utilis in rem actio*. Vergl. v. Bethmann-Hollw. II. § 98. Anm. 19.

Es ist anzunehmen, daß das System der Interdicte sich vornehmlich in der 2. Hälfte der dritten Periode, also namentlich seit der Revolution der Gracchen und infolge der Partei- und Bürgerkämpfe, wodurch der Besitzstand vielfach in Verwirrung kam und Gewalt und Willkür wucherten, ausbildete. Es war dieselbe Zeit, in welcher mit den *quaestiones perpetuae* eine neue Gerichtsordnung im Criminalgebiet entstand. Eine große Rolle mußte für Grundstücksverhältnisse das *int. quod vi aut clam* spielen, und aus *fr. 1. 4. 5. 7. § 4. fr. 13. § 4. 5. fr. 15. § 1. 2. fr. 22. § 3. D. quod vi (43, 24)* ersehen wir, daß von Scaevola bis auf Labeo fast alle bedeutenderen Juristen sich lebhaft mit ihm beschäftigten. —

III.

Der Criminalproceß; Reform desselben.

Zu § **204**] A. Die Centuriat- und die Tributcomitien waren die regelmäßigen Instanzen für die criminelle Jurisdiction geworden; dadaneben aber häuften sich nun die Niedersetzungen außerordentlicher Untersuchungscommissionen,* und allmählich begann die Thätigkeit der Comitien zu verkümmern (Geib Gesch. d. Röm. Crim.-Proc. S. 216). Infolge einer *leg. Porcia* (198 v. Chr. 556 d. St.), wodurch nicht bloß die durch Prügel verschärfte Todesstrafe, sondern überhaupt die Prügelstrafe (außerhalb des militärischen Imperium) abgeschafft und mithin die Provocation für viele Fälle überflüssig wurde (*Liv. 10, 9; Cic. de rep. 2, 31*; *Fest. pro scapulis p. 234*), kam es nur selten noch zu Criminalversammlungen der Centuriatcomitien, hauptsächlich dann, wenn die alten (*leges Valeriae*) und die ergänzenden Provocationsgesetze (*leges Porciae*) von Magistraten einmal verletzt wurden; zwar ward durch eine *lex Sempronia* (des G. Gracchus 123 v. Chr. 631 d. St.), *ne de capite civium Romanorum injussu populi judicaretur*, vorgeschrieben, daß vom Senat hinfüro nicht außerordentliche Commissionen mit Capitalgewalt ohne Bewilligung der Comitien niedergesetzt werden sollten (*Cic. pr. Cluent. 55; Catil. 1, 11; Verr. 5, 63; Gell. 10, 3*), allein

*) s. oben Excurse zu § 132—150. No. I.

die der Volksgerichtsbarkeit zugrunde liegenden Anschauungen wandelten sich gänzlich um; der Verfall der Centuriengerichtsbarkeit, namentlich infolge der Bürgerkriege und Sullanischen Maßregeln, zeigte sich, als in Cicero's Consulat gegen Rabirius zwei *duumviri perduellionis injussu populi* vom Prätor ernannt wurden, und Clodius gegen Cicero, statt einen Perduellionsproceß vor den Centurien wegen Verletzung der *lex Porcia* und *lex Sempronia* anzubringen, durch eine gegen Cicero gerichtete *lex Clodia* (68 v. Chr. 696 d. St.) diesen ins Exil trieb. Lange Alterth. II. S. 479—485. 591. Zumpt Crimin.-R. d. Röm. Republik I. 2. S. 386ff. 417ff.

Vor den Tributcomitien waren es jetzt, seitdem die Hauptquelle der von den Tribunen betriebenen politischen Processe fast versiegt war, vorzugsweise die Aedilen, welche die criminelle Initiative übten, indeß begnügten auch sie sich oft mit ihrem beschränkten *jus multae dictionis*, manche Verbrechen, wie Diebstahl, Injurie und bez. *stuprum*, verblieben dem Civilproceßwege, und bei weit verzweigten Verbrechen, wie Giftmischerei, erwiesen sich die außerordentlichen Commissionen als praktischer (Liv. 8, 18; 10, 31; 38, 35; 43, 16. Val. Max. 6, 1, 7. 8). Zwar lebte der Hang zu politischen Processen und Anklagen durch Volkstribunen mit der Ausbildung der Demagogie wieder auf, sie waren namentlich gegen ungerechte Amtsführungen gerichtet und galten als ein dem Wahlrecht verwandtes Symptom der Volkssouveränetät (Polyb. 6, 14); der rüstige Parteikämpe M. Porcius Cato sen. ward in zahlreiche politische Processe verwickelt, als Ankläger bei den Tribunen, als Vertheidiger und als Angeklagter: 44 Mal angeklagt ward er immer freigesprochen (Liv. 39, 40. Plin. H. Nat. 7, 27. Plut. Catil. 15). Als aber ständige Untersuchungscommissionen eingerichtet und namentlich, als dieselben durch Sulla erweitert und reorganisirt wurden, nahm die Criminalgerichtsbarkeit der Tributcomitien vollends den Karakter der Ausnahme an; die Volkssouveränetät begnügte sich fortan mit dem Antheil, welchen das Volk bei der Niedersetzung der Commissionen hatte; überhaupt hat das Röm. Volk nie jene maßlose Competenz erstrebt, welche das Athenische Heliastengericht, und zwar sogar für Civilsachen, in Theorie und Praxis besessen und leidenschaftlich geübt hatte. Lange II. S. 500—511.

Von einer judiciellen Competenz des Senats kann auch in dieser Periode noch nicht die Rede seyn, doch zeigen uns dessen Mitwirkung bei Niedersetzung von Untersuchungscommissionen, die durch Volksschlüsse erlangten Vollmachten zur Aburtheilung abtrünniger Gemeinden und Bürger (z. B. Liv. 26, 33. 34), sowie die öftere Verhängung von Tadel über die oberen Verwaltungsbehörden der Provinzen Ansätze zur senatorischen Jurisdiction, deren Ausbildung in der Kaiserzeit wirklich erfolgte. Geib S. 217. Lange II. S. 384. 587. Walter Gesch. d. Röm. R. II. § 830. Zumpt I. 2. S. 374.

Daß bei jeder Niedersetzung außerordentlicher Untersuchungscommissionen (außer gegen Nichtbürger) ein Volks-

schluß vorhergehen mußte, stand seit Beginn dieser Periode fest; bekannt ist die von Cato befürwortete *rogatio Petillia de pecunia regis Antiochi*, durch welche (187 v. Chr. 567 d. St.) eine *quaestio extraordinaria* wegen *peculatus* über L Scipio Asiaticus angeordnet wurde (Gell. 7, 19); die angeführte *lex Sempronia* sanctionirte ausdrücklich jenes Recht der Comitien Auch nach der Einführung ständiger Untersuchungsbehörden wiederholten sich oft noch Niedersetzungen außerordentlicher Commissionen: aus der letzten Zeit sind die *lex Pompeja de vi* (52 v. Chr. 702 d. St.), durch welche über die Ermordung des Clodius eine solche Commission angeordnet wurde (*Cic. pr. Mil. 5, 6; Brut. 94; Gell. 10, 20*), und die *lex Pedia de interfectoribus Caesaris* (43 v. Chr. 711 d. St.), welche von Octavianus veranlaßt wurde (*Appian B. Civ. 3, 95; Suet. Nero 3*), von geschichtlicher Berühmtheit. Lange II. S. 587—590. Zumpt I. 2. S. 316. Geib S. 219—225. Ueber den eigentlichen Unterschied von *extraordinaria* und *ordinaria Quaestio* s. Rudorff R. R.-Gesch. II. § 102. Anm. 3.

B. Zuerst wegen Erpressungen der Oberbeamten in den Provinzen (*pecuniarum repetundarum crimen*) wurde ein stehender Gerichtshof (*quaestio perpetua*) durch eine *lex Calpurnia* des L. Piso Frugi (149 v. Chr. 605 d. St.) niedergesetzt; für wichtigere und besonders häufige Arten von Verbrechen wurde dann in ähnlicher Weise verfahren, und oft mit einer *lex* über solche Vergehen gleich die Anordnung einer ständigen Untersuchungsbehörde dafür verbunden. Das geschah für Mord (*quaestio inter sicarios, de parricidio?*), Giftmischerei, Fälschung, Peculat, Majestätsverbrechen, Adulterium, Gewalt (*Cic. pr. Cluent. 20. 53. 54; pr. Mur. 20; Verr. 1, 13; in Milon.* 35) u. s. w. Sulla nahm dann eine allgemeine Reform und Ergänzung des Systems dieser *quaestiones perpetuae* vor (*fr. 2. § 32. D. de O. J. 1, 2*), doch blieb die Form des Ganzen immer nur ein Aggregat vieler einzelner Proceßordnungen, unter denen einige, wie die über Repetunden, Majestätsverbrechen und Adulterium immer ihre ganz besonderen Eigenthümlichkeiten behielten (Geib S. 169—174).

Jedem solchen Gerichtshofe präsidirte einer der Prätoren (*Auct. ad Herenn. 4, 35*), daher deren Vermehrung (durch Sulla und Cäsar) nothwendig wurde; sie hießen in dieser Beziehung *Quaesitores*. Neben ihnen kamen auch *Judices quaestionum* als Commissionsvorsitzende (ohne Imperium) vor (Geib S. 186ff. 307). — Die Geschwornen (*Judices selecti*, Anzahl derselben? 50? 100?) wurden für die einzelnen *Quaestionen* durchs Loos und unter Berücksichtigung des dem Ankläger wie dem Angeklagten zustehenden Verwerfungsrechtes bestimmt (aus den Senatoren bez. Rittern und Aerartribunen. Geib S. 178ff. 306ff. Walter II. § 834—6. Rudorff R. R.-Gesch. II. § 102. 103. Mommsen Röm. Gesch. II. S. 114. Die Theilung des Richteramtes zwischen Prätor und Geschwornen war gleich derjenigen im Civilproceß. Rudorff II. § 102.

Die Anklage war Sache der Bürger überhaupt, und nur ausnahms-

weise wurde auf Anordnung des Volks oder Senats von der Accusationsmaxime abgewichen und inquisitorisch d. h. von Amtswegen verfahren; Ankläger wie Angeklagter mußten persönlich erscheinen (Paul. S. R. 5, 16, 11). Der Ankläger hatte sich durch *juramentum calumniae* vom Verdacht böswilliger Anklage (Chicane) zu reinigen, und durfte die erhobene Anklage nicht ohne Einwilligung des Gegners wieder fallen lassen; Calumniatoren wurden bestraft (*Cic. ad fam. 8, 8; pr. Rosc. Am. 19. 20; fr. 7. § 1. D. de accus. 48, 2*). Der Angeklagte ward regelmäßig in Untersuchungshaft (*custodia rei*) genommen, als *contumax* (ohne rechtmäßiges Exil ausgebliebener) aber verurtheilt und bez. sein Vermögen eingezogen (*Cic. Verr. 2, 17. 38. 40. Liv. 25, 4. Plut. Brut. 27. Fr. 1—4. D. de cust. reor. 48, 3*). Geib S. 254 ff. 290 ff. Walter II. § 854 ff. Rudorff II. § 127. 131. 134. 138—141. Zumpt I. 2. S. 143 ff. 210 ff.

Das Verfahren war öffentlich und in der Hauptsache mündlich. Nach geschehener Anmeldung der Anklage beim Gerichtsvorstand (*delationis postulatio*), wobei Andere sich als *subscriptores* anschließen konnten, erfolgte am angesetzten Gerichtstermine die *nominis delatio* gegenüber dem Angeklagten; dieselbe wurde schriftlich abgefaßt, auch in das Gerichtsregister eingetragen (*nomen rei recipere*), und der 10. oder 30. Tag zur öffentlichen Verhandlung angesetzt (*Cic. ad fam. 8, 6. 8; de divin 19. 20; Verr. 2, 41—43; in Vatin. 14*). An diesem Tage fand die solenne *accusatio* und *defensio* mit Fragen und Gegenfragen (*altercatio*) Statt, wenn nicht *comperendinatio* (zweite *actio* in einem weiteren Termine) bewilligt wurde; Patrone hielten Reden und Gönner (*laudatores*, gewöhnlich ihrer 10!) legten Fürsprache ein (*Cic. Verr. 2, 1, 9; 5, 22; Dio Cass. 40, 52. 55*). Das Befragen der (vereideten) Zeugen war Sache des Producenten, concurrirend mit dem Recht des Gegners zu beliebigem Kreuzverhör (*Quinct. V, 7, 9—22. 26—31*); die Zeugenaussagen wurden niedergeschrieben. Geständniß des Angeklagten war keine Bedingung der Verurtheilung, Tortur gegen Freie unstatthaft. Die Abstimmung der Geschwornen geschah ohne Debatte, geheim und durch Täfelchen; Stimmengleichheit galt als Freisprechung; im Falle eines *Non Liquet* ward nochmalige Verhandlung angesetzt (*ampliatio*). *Cic. Verr. II, 1, 9; Brut. 22. Liv. 43, 2. Cic. pr. Cluent. 27. 28. 58.* Appellation fand nicht Statt, da die *Quaestionen* im Namen des Volks urtheilten. Vergl. Eisenlohr die *Provocatio ad populum* (1858) S. 30. Geib S. 252—4. 261. 266—289. 302. 317—392. Walter II. § 849—852. 859. Rudorff II. § 128. 132. 135. Zumpt II. 2. S. 168—192.

XXV. Kapitel.

2) Der Formularproceß.

(Zu § 213-265)

I.

Der Ursprung der Proceßformeln und die *lex Aebutia.*

Zu § 214] Wir besitzen über Zeit und Art der Entstehung der *Formulae* keine directen Quellenzeugnisse. Gaius (4, 30) erzählt: *Istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt; namque ex nimia subtilitate Veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet, itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus.* Unter diesen *leges Juliae* konnte Gaius wohl nur die beiden *leges judiciorum privatorum et publicorum* des Augustus (?) meinen; Gellius (16, 10) gedenkt nur der *lex Aebutia*, woraus zu entnehmen ist, daß sie das Hauptgesetz war, durch welches dem Formularproceß Bahn gemacht wurde. Aus Gaius und Gellius scheint übrigens hervorzugehen, daß durch die *lex Aebutia* diese neue Proceßart nicht eigentlich eingeführt, sondern nur die alte Proceßart in den Hintergrund gedrängt worden sei. Eigentliche und directe Abschaffung durch ein Gesetz lag zwar nicht in der Gewohnheit der Römer, sie überließen Veraltetes am liebsten dem Naturproceß stillen Absterbens und begnügten sich mit Eröffnung der neuen vollkommneren Bahn; hier aber scheint die Abschaffung oder wenigstens Einschränkung direct durch gesetzliche Vorschrift geschehen zu seyn, was durch besondere praktische Gründe wohl gerechtfertigt seyn konnte. Schon vor der *lex Aebutia* mochte die Entwicklung des Formularprocesses begonnen haben, rein auf dem Wege der Praxis; in jener Stelle des Gaius ist es nicht nothwendig, das „*effectumque est*" mit auf die vorhergenannten Gesetze zurückzubeziehen, und die darauf folgenden Worte drücken auch nicht gerade die erste Einführung der Formeln aus, sondern können bedeuten, daß dieselben nun zur vollen Geltung und ausgebildeten Herrschaft gelangt sind, was möglicherweise eine indirecte Folge der *lex Aebutia* war. Vergl. v. Bethmann-Hollw. II. § 55. Anm. 3. 16. Rudorff I. § 44. Anm. 1.

Heffter *Comm. ad Gai. IV* (1827) p. 23 vermuthet, daß die *lex Aebutia* nicht vor 149 v. Chr. (605 d. St.) gegeben sei, wo die *lex Calpurnia repetundarum* noch ein *sacramento agere* gegen den Uebertreter festsetzte, indeß ist von dem criminalistischen Gebiete aus kein Schluß zu machen. Burchardi (Wiedereins. in den vor. Stand S. 300ff.) nimmt wegen der *exceptio doli*, welche schon vor 184 v. Chr. (570 d. St.) vorkomme, und Puchta (Cursus I. § 80 a. E.) wegen der *lex Cincia* und *Plaetoria*, welche Exceptionen gewährten, an, daß schon zu dieser

Zeit durch Formeln processirt werden konnte, und daher die *lex Aebutia* in die Zeit von 254—204 v. Chr. (500—550) fallen müsse. Vergl. dazu Ihering Geist d. R. R. III. § 52. S. 114—117. Leist (Gesch. d. Röm. Rechtssysteme S. 17), Rudorff (I. § 44 a. E.) und v. Bethmann-H. (II. § 55. Anm. 2) betonen, daß noch um 204 v. Chr. (550 d. St.) die *legis actiones* bei Aelius als ein Hauptheil des Rechts hervortreten, und Letzterer fügt speciell hinzu, daß die *lex Aebutia* frühestens in die zweite Hälfte des 6. Jahrh. d. Stadt (204—154 v. Chr.) fallen könne, wo nach überstandenem Kampf auf Leben und Tod in einer Zeit innerer und äußerer Ruhe Manches den erweiterten Verhältnissen gemäß zu ordnen war. v. Keller (Civilproc. § 23) gibt nur überhaupt das 6. Jahrh. d. St. an, und Voigt (*Jus naturale* d. Röm. II. § 83), in Uebereinstimmung mit Puchta (*l. c.* § 85 a. E.) von der Annahme ausgehend, daß der Proceß des *jus gentium* durchaus auf dem Formularverfahren beruhte, nimmt an, daß die *lex Aebutia* in die Zeit der ersten Reception des *jus gentium* fallen müsse.

Die Voraussetzungen für eine endgültige Beantwortung dieser Zeit-Frage fehlen noch; während Rudorff (II. § 27) bemerkt, daß in der letzten Zeit der Republik der Legisactionen selten Erwähnung geschehe, sucht Bekker (Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. S. 341 ff.) zu zeigen, daß zu Cicero's Zeit der Legisactionenproceß noch auf weitem Felde zur Anwendung kam, und daß Cicero, welcher die *lex Aebutia* nicht namentlich nennt und nicht einmal auf die Existenz eines solchen Gesetzes Bezug nimmt, Formeln und Actionen nicht als Elemente zweier wesentlich verschiedenen Proceßformen betrachtete, vielmehr nur Einen ordentlichen Civilproceß vor Augen hatte, ein *lege agere*, bei welchem zugleich die prätorischen Formeln schon in Gebrauch waren; die *lex Aebutia* sei danach entweder ein älteres Gesetz von geringerer Bedeutung, oder etwa ein integrirender Theil der Julischen Proceßgesetzgebung, welche die Reformen des Rechtsganges zum Abschluß brachte; beide Annahmen aber, freilich nicht in genauer Uebereinstimmung mit Gaius, drängten dahin, der von den Rechtsgelehrten geleiteten fast unmerklich sich ändernden Praxis größeren Einfluß auf die Umgestaltung des Processes zuzuschreiben, so daß die Gesetze eben nur schließlich die Wandelung, die im allgemeinen Rechtsbewußtseyn vollzogen war, anerkannt hätten. — Diese historische Vermittlungsansicht verdient weitere Erwägung; doch ist aus manchen Stellen bei Cicero zu schließen, daß zu seiner Zeit das System der Proceßformeln ziemlich entwickelt war; *pr. Rosc. Com. 8.* sagt er: „*Fraudabat te in societate Roscius? Sunt jura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere injuriae aut ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex uniuscujusque damno ... publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur. Formulam non noras? Notissima erat.*“ Unterstützt wird diese Annahme durch die bekannten Stellen (*de off. 3, 17* und *de nat. deor. 3, 30*), wo Cicero die Gruppe der *bonae fidei judicia* fast vollständig aufführt, denn die Ausbildung dieser Gruppe

setzt eine bereits fortgeschrittene Ausbildung des Formelwesens voraus.

Was die Entwicklung der *Formulae* anlangt, so wird diese von Manchen mehr als ein äußerer Receptionsproceß, von Anderen mehr als ein innerer Umbildungsproceß gedacht. Es wird nämlich von jenen darauf hingewiesen, daß schon frühzeitig Rom in Bündnissen mit anderen Völkern besondere internationale Schieds- oder Gastgerichte (*recuperatores*) zur Reclamirung von Werthsachen vereinbarte (s. C. Sell d. Recuperatio d. Römer; 1837. Voigt D. *jus naturale* d. Römer II. S. 177—228. Rudorff II. § 8. v. Bethmann-H. I. S. 67. II. S. 15. 63. 457). Solche Schiedsgerichte bestanden in Rom zwar lediglich aus Römern, allein diese konnten nicht das *jus proprium Romanorum* ihren Entscheidungen zu Grunde legen, da es den Peregrinen nicht zugänglich war, und die Prätoren, welche dann nach diesem Muster Gerichte für unterthänige Peregrinen anordneten, konnten dabei nicht im Wege der Legisactionen verfahren, welche gleichfalls den Peregrinen unzugänglich waren: es blieb ihnen hier nichts übrig, als in freier Weise den oder die Richter zu instruiren, nach welchen Grundsätzen zu entscheiden sei, und dies geschah durch eine schriftliche Anweisung (*dica* oder *formula*); von dem Peregrinenprätor und bez. den Provinzial-Statthaltern übernahmen dann die Stadtprätoren diese Form freier Proceßinstruction. So hat Huschke (*Analecta literaria* 1826. p. 216 und in Richter's krit. Jahrbb. Bd. I. 1837. S. 861 ff.) den Ursprung der Formeln gedacht, und Puchta (Cursus I. § 83. II. § 163) ist ihm gefolgt, indem er jedoch beiläufig (II. § 163) die zweite Ansicht andeutet, und von der *leg. act. per condictionem** sagt, daß sie eine Art von Uebergangsbildung zu dem neuen Verfahren gewesen.

Genauer ist dieses dann von Keller (Civilproc. § 25) ausgeführt worden, welcher speciell von der *l. a. ex lege Calpurnia* (*condictio triticaria*) annimmt, daß sie einfach in das Formularverfahren übergegangen sei, wofern sie schon ohne Sponsion das Judicium begründet hatte. Von anderer Seite her und gleichfalls im Anschluß an Huschke (krit. Jahrbb. I. S. 892) hat Voigt (d. *jus naturale* d. Röm. II. S. 183 ff.) besonders auf die enge Verwandtschaft der *clarigatio* und *recuperatio* (wobei Völker und bez. Privaten Partei waren) mit der *l. a. per condictionem* aufmerksam gemacht und hier Spuren des Uebergangs in den Formularproceß erkannt. Damit war zunächst für alle *certae obligationes ex contractu* gesorgt, nach deren Vorbild leicht auch die Delictsklagen behandelt werden konnten; vielleicht spielten dabei die Proceßfictionen (*ficticiae actiones*, d. h. *ad legis actionem expressae*) eine Rolle (Ihering Geist d. R. R. III. § 58. S. 291). Der Executivproceß mit *manus injectio* war so gut wie abgeschafft, die *leg. act. per arbitri postulationem* fügte sich ohne Schwierigkeit dem Formelwesen (*arbitria, actiones bonae fidei;* vergl. auch v. Bethmann-H. II. § 84. Anm. 2), und

---

*) s. Cursus § 149.

neben dem *bonae fidei judicium* konnte die *formula petitoria* leicht aus dem Sacramentsproceß abgelöst und zur Anerkennung gebracht werden, ohne daß es nöthig und zur Erklärung dienlich ist, hier mit v. Keller* den Sponsionsproceß als Durchgangsphase zu setzen. Vergl. v. Bethmann-H. II. S. 233. 304.

Unter diesen Gesichtspunkten liegt die von Puchta (II. § 163) ausgesprochene Vermuthung nahe, daß durch die *lex Aebutia* zunächst die *l. a. per condictionem* (und vielleicht die *per arbitri postulationem*) abgeschafft worden sei. Bestimmter drückt sich Rudorff (R. R.-Gesch. II. § 27) aus: „Seit Gn. Flavius (304 v. Chr. 450 d. St.) wurden die civilrechtlichen *Formae Actionum* im Edicte proponirt, und dies durch die neuen *Genera Actionum*, welche im *Jus Aelianum* (um 204 v. Chr. 550 d. St.) zusammengestellt waren, und noch in den *Tripertita* den dritten Rechtstheil und die Schule des Processes bildeten, allmählich vermehrt; die *lex Aebutia* beseitigte das Anstößigste und Entbehrlichste, namentlich die Privatexecution, die *Condictio* mit 30tägiger Bedenkzeit, die formelle *Judicis Arbitrive Postulatio* entweder direct oder indirect durch Fictionen".

II.

Die Bedeutung der Formeln im Röm. Civilproceß und für das Röm. Civilrecht im Allgemeinen.

Zu § **227**] Jedes wirkliche Rechtsverhältniß (ein Eigenthumsrecht, eine Obligatio) ist ein lebendiger Körper, ein geistiger Organismus.** Ein lebendiger Körper aber, welcher lebenskräftig ist, rüstet sich und setzt sich zur Wehr, wenn er Störung erfährt. Die ruhige Selbstsetzung und Selbstbehauptung, welche unablässig für das Da- und Eigenseyn eintritt, geht damit in Selbstdurchsetzung und Nothwehr über. Es beruht diese Thätigkeit nicht in einer zweiten Grundfunction, welche sich einfach neben der ersten und eigentlichen Vitalfunction entwickelte; sondern es ist dieselbe eigentliche Lebenskraft, die, indem sie sich behauptet, auch im Streite Stand hält; die Reaction ist nichts wesentlich Andres, als die Action. Gerade dies, und weiter nichts, lese ich aus jener Aeußerung des Celsus in *fr. 31. D. de O. et A. (44, 7): Nihil aliud est actio, quum jus, quod sibi debetur, judicio persequendi.* Aber es ist das Besondere, daß diese Lebens- und Thatkraft im Streite sich prägnanter äußert, zu präciseren Formen zusammenschließt und gleichsam ihr inneres Wesen zur Oberfläche drängt, wie der Staat gegenüber dem Feind das Mark seines Volks gerüstet und geordnet an die Grenzen vorschiebt. So ist die *lis* eine *res (privata) in procinctu*, der Proceß ein zu voller juristischer Lebensthätigkeit angespanntes, gerüstetes, präcisirtes, und sich zur ganzen Schärfe und Wucht seines wesentlichen Gehalts zusammenfassendes Rechtsverhältniß. So war der *ordo judiciorum pri-*

*) s. oben Excurse zu § 200—212. No. I. **) s. oben Excurse zu § 1—5. No. II. a. E.

vatorum das *jus privatorum militans*, und in der *formula* mußte sich das Geheimniß des juristischen Wesens der Rechtsverhältnisse enthüllen: ihre Zusammensetzung resultirte aus der Structur des geltend zu machenden Rechts.

Solche Rüstung des Rechts gelingt nicht ohne Anstrengung und Aufschwung des Geistes: darum offenbart sich in der Entwicklung des prätorischen Formelsystems ein mächtiges Ringen des Röm. Geistes, und seine völlige Ausbildung bezeichnet die männliche Reife des Rechtsbewußtseyns der Römer, welche in den Formeln des Processes nun gleichsam den Spiegel ihres Rechts besaßen. Wir aber, indem wir die von den Römern geschaffnen Rechtsbilder bewundernd überdenken, und die Rüstung des Civilprocesses vom Roste der vergraben gewesenen Quellen zu befreien suchen, bedürfen wieder einer ganz ähnlichen Anstrengung des erkennenden Geistes, um die innerliche Fülle des Rechtslebens an die Außenseite der wahrnehmbaren Erscheinung und begrifflichen Bestimmbarkeit zu ziehen. Diese Anstrengung beschafft nicht immer praktische Resultate, und sie kann zu einer sterilen Liebhaberei herabsinken, allein so lange sie gesund und didaktischer Ziele eingedenk bleibt, ist sie eine treffliche Gymnastik des juristischen Sinnes, und wer in der Umkörperung des Rechtsverhältnisses die einfache Formula zu finden, d. h. zu construiren weiß, darf sich freuen, wie der Anatom, der sich ein reines und vollständiges Gerippe losgeschält und in ihm nun den constructiven Grundriß des Organismus ohne Hülle und Zuthat vor sich hat. Die Disciplin des prätorischen Formelwesens ist eine civilistische Anatomie und eine speculative Civilistik.

Auch das Betonen und Distinguiren einzelner Worte und Wortverbindungen, was in den Röm. Proceßformeln wahrgenommen wird und gelernt werden muß, ist, obschon es oft ins Minutiöse fällt und nicht immer in der (mehr flüssigen) Weise unsrer deutschen Sprache Analogien findet, nicht ohne bildende Kraft für den Jünger der Reehtswissenschaft, denn es weist ihn an, wie der praktische Jurist bei jedem Schritt und Tritt des geschäftlichen Handelns auf seiner Hut seyn und von jedem Worte, das durch Mund oder Feder kommt, sich Rechenschaft geben soll.

III.

Die Bedeutung und Entwicklung der Intentio in der Formula.

Zu § **228**] Ich habe gesagt, daß in der Formula sich das Geheimniß des juristischen Wesens der Rechtsverhältnisse enthüllen mußte; dies ist so zu denken.

In der einfachsten Proceßform muß sich auch das geltend gemachte Recht auf die einfachsten Elemente reducirt finden: eine solche engste Mündung hatte der Lauf des altrömischen Civilprocesses. Es war da ein Kampf reiner Rechtsüberzeugungen: der Kläger trat mit der Behauptung auf, Eigenthümer einer *res mancipi* zu seyn, der Beklagte be-

stritt diese Behauptung, meistens, weil er selbst Eigenthümer zu seyn überzeugt war; der ganze Streit concentrirte sich daher auf das *meum esse ex jure Quiritium,* und dabei kam immer gerade der Augenblick des Streites selbst in Frage; erst im Beweisstadium konnte sich diese Frage spalten: 1) ist Kläger denn überhaupt je Eigenthümer geworden (gewesen), und 2) hat er nicht etwa, wenn das, dann aufgehört, Eigenthümer zu seyn? jenes war Sache des Klägers, dieses Sache des Beklagten, zu beweisen, beides faßte sich logisch in dem einen Streitsatze des *meum est aliquid ex jure Quiritium* einfach zusammen. Das war die Basis des Sacramentsprocesses, der sicher von Anfang an der Eigenthumsproceß für *res mancipi* gewesen ist. Schwerlich galten von Anfang herein auch *res nec mancipi* als ächte Eigenthumsobjecte, als Sachen im vollen civilen Sinn: sie mochten daher zuerst nur als Obligationsstoffe in Betracht kommen, nach der Idee, es sei etwas Fungibles thatsächlich im Vermögen des Schuldners, was rechtlich in das Vermögen des Gläubigers gehöre, und darum hafte der Erstere und sei zur Leistung an den Letzteren gebunden: als Gerichtshandlung trat diese Behauptung rein zuerst im Condictionsprocesse auf, welcher recht eigentlich für *res nec mancipi* galt und auf Geltendmachung einer *obligatio* zugeschnitten war. Die Behauptung des Klägers war hier die: *Numerium pecuniam dare oportere,* der Beklagte bestritt diese Behauptung; erst im Beweisstadium konnte sich die Frage spalten: 1) ist der Beklagte überhaupt einmal schuldig geworden, und 2) ist er noch schuldig geblieben? Vergl. Ihering Geist d. R. R. III. S. 75. So war also der Legisactionenproceß ein civilistischer Destillirapparat, in ihm trat das Wesen des Rechts, die *substantia proprietatis* und *obligationis* nackt und rein hervor, nicht die Erscheinung (Besitz), nicht der Körper des Rechts (Obligirungsact), sondern die Substanz in ihren einfachsten Lineamenten und wesentlichen Zügen. Sofort kam das Wesen der dinglichen, wie der obligatorischen Rechte zu Tage, jeder Proceß war eine civilistische Rechenschaftsablegung und Reflexion, eine feierliche Enthüllung des Rechtsbewußtseyns, und das war die Erbschaft, welche der Formularproceß durch das Medium der Intentio antrat.

So war ursprünglich die Intentio in jedem Proceß *per concepta verba in jus (ipsum)* gerichtet, die *formula in jus* concipirt. Aber diese Abstractheit konnte nicht ausreichen, als der Verkehr sich mit neuen Motiven bereicherte und individuelle Intentionen die ungegliederte Rechtsmasse durchdrangen. Ausdruck dieses neuen Reiches von rechtlichen Erscheinungen wurden die prätorischen *actiones in factum.* Zwischen den reinen *in jus* und *in factum actiones* stehen die *actiones ficticiae,* deren Formula durch ein individuell karakterisirtes Factum eingeleitet künstlich in eine civilrechtliche Kategorie, ein *jus,* hinübergeleitet wurden.

Der Prätor konnte diese Operation wagen, seitdem Civilklagen auf ein *incertum,* d. h. aus einer Specialobligation, und folglich durch *Demonstratio* eingeleitet (*more Civitatis!*), üblich geworden waren; die *designatio*

der *in factum actio* enthielt ja in ihrem ersten Gliede eine der *Demonstratio* ganz analoge Angabe. Die *actiones ficticiae* sind daher rechtsgeschichtlich als eine Parallelbildung der civilen Consensualobligationen anzusehen, und es lassen sich im Bereich des Formularprocesses drei concentrische Kreise von Rechten oder Klagen unterscheiden: 1) Innenkreis enthaltend die altröm. Rechte, welche aus der Legisactionenzeit herübergenommen waren: die dinglichen und obligatorischen Grundrechte: Eigenthum und Servitut, Obligationen auf *certa pecunia* und auf Naturalquantitäten; 2) Umkreis von eigenthums- und servitutähnlichen Rechten, sowie von solchen Obligationen, welche sich durch Analogie auf civilrechtliche Typen zurückführen oder an solche anlehnen ließen; 3) Außenkreis von solchen Rechten, welche rein in freiester *aequitas* wurzelnd sich so individuell und mannichfaltig gestalteten, daß ihr rechtlicher Karakter im einzelnen Concretum aufzugehen, und kein „*jus*", sondern nur ein „*factum*" vorzuliegen schien. Oft waren freilich solche *in factum actiones* nur Ausdruck einer werdenden und unreifen Rechtsüberzeugung: dieselben konnten sich zu einem festen Typus noch consolidiren und waren insofern fähig, in den engeren Umkreis überzutreten; doch ist ersichtlich, daß in der Kaiserzeit die Römische Nomenclatur der Klagen stereotyp wurde.

IV.

Die Bedeutung der *Condemnatio* (*pecuniaria*) in der Formula.

Zu § **229**] A. Das Wesen des Civilprocesses ist aus der Natur des Civilunrechts abzuleiten. Dieses besteht in der Nichtanerkennung eines dem Anderen zukommenden Rechts, welches vom Gegner bestritten wird. Oft verbirgt sich freilich hinter der civilprocessualen Maske des Beklagten dessen absichtliche Weigerung und bewußtes Unrecht, allein so lange der civilprocessuale Standpunkt rein gehalten wird, versagt der Beklagte nur, was er sich nicht gehalten glaubt anzuerkennen. Hiernach ist die primäre Tendenz des Klägers die, die Anerkennung seines vermeintlichen Rechts durchzusetzen, und der Civilproceß ist seinem innersten Wesen nach ein Gegeneinander (*controversia*) zweier entgegengesetzter Rechtsüberzeugungen oder ein Zusammenprall gegnerischer Rechtsbehauptungen, einer aggressiven und einer defensiven.

Solcher Widerstreit gestaltet sich zum Wettkampf, sobald die streitenden Personen gleichsam ihre ganze Persönlickeit in ihre Behauptung hineinlegen: was ganz im Sinne energischer Individuen und Nationen ist. Dieser Wettkampf wird im Zeitalter der Kindheit immer eine sacrale Färbung tragen und wird zugleich zu einem Ehrenpunkt ausgebildet werden: jenes der göttliche, dieses der menschliche Gesichtspunkt. Der Ehrenpunkt bleibt dann, wenn das Rechtsleben sich profanisirt, die Seele des Civilprocesses; noch heute, in unserer materialistischen Zeit, kann man aus dem Munde nüchterner Geschäftsleute oft

den Ausspruch hören: es komme ihnen bei dem Processe weniger auf einen sachlichen Erfolg, als vielmehr auf den Triumph des Rechts, d. h. der eignen Rechtsüberzeugung an; immer ist es für den kräftigen Gerechtigkeitssinn eine Genugthuung, die Anerkennung, ja gerade und zunächst nur die Anerkennung eines Rechts, welches man sich mit Ueberzeugung zuschreibt, zu erzwingen, und bekannt ist, wie im zähen und naiven Geiste des Bauern ein Proceß ein Ehrenpunkt und eine Sache des Rechtbehaltens ist.

Die praktische Tendenz des Civilprocesses bleibt allerdings hierbei nicht stehen, sie geht zugleich auf einen sachlichen Erfolg aus, und damit gestaltet sich die Klage (*querela*) oder Wettbehauptung (*judicium, lis*) zum Anspruch (*actio, persecutio*): Kläger erwartet nicht bloß Anerkennung, sondern auch ein demgemäßes Handeln des Beklagten, welches in einer positiven oder negativen Leistung (*dare, facere, praestare*) bestehen kann. Diese Erwartung ist ein nur secundäres Element im Proceß, nicht bloß, weil es von dem vorhergenannten (Anerkennung) abhängt, sondern auch, weil es in gewissen Fällen (bei den reinen Statusklagen) überhaupt nicht auftritt, nicht selten durch die gerichtliche Staatsmacht gar nicht erreicht werden kann (Insolvenz, Entweichung des Beklagten) und überdies zuweilen vom Kläger selbst gar nicht, oder nicht in erster Linie, angestrebt und erwartet wird. Allein im Laufe der Zeiten macht es sich mehr und mehr geltend, und so läßt sich dann der Grundsatz für den Civilproceß aufstellen: er werde von einer doppelten Tendenz seines Urhebers (Klägers) im Verhältniß zum Gegner (Beklagten) bewegt und beherrscht: 1) Durchsetzung des Anerkennens und 2) Erzwingung eines angemessenen Handelns. Jenes Element läßt sich als das ideale, dieses als das naturale bezeichnen. Vergl. v. Bethmann-Hollw. I. S. 190. II. S. 241.

Auch von Seiten des Beklagten entspricht das ideale Element dem idealen Standpunkt und naiven Zeitalter. Hier ist es dem Beklagten zunächst (nur) um seine Ueberzeugung zu thun: er verweigert, weil er sich nicht gehalten meint zu leisten; fällt aber der Entscheid, dem er sich unterworfen, gegen ihn aus, so ist es Ehrensache für ihn, gutwillig zu leisten; seine rechtliche Ueberzeugung ist gebrochen, und sein Leisten ist selbstverständliche Folge seines Unterliegens. So wird es immer unter Ehrenmännern gehalten werden: wer sachfällig nicht leistete, würde als ein Frevler in der Rechtsgenossenschaft vereinsamt seyn. Da ist die *Condemnatio* noch nicht indicirt; indicirt ist dieselbe erst, wenn es Bedürfniß wird, dem Unterliegenden zu drohen: die *Condemnatio* ist eine Drohung mit der Zwangsvollstreckung.

B. Das ideale Element wird den Organismus des Civilprocesses bestimmen in Zeiten kühner jugendlicher Volkskraft, wo der Geist in sich selbst und seinem Aufschwung höchste Genüge findet; das naturale Element wird die Oberhand gewinnen, wenn der Trieb geschäftlicher Prosa und ökonomischer Zweckberechnung den Verkehr beherrscht. So sehen wir das naturale Element in unserem modernen

Civilproceß maßgebend, und anderseits ist zu vermuthen, daß dereinst im ältesten Röm. Civilproceß das ideale Element die Seele des Proceßorganismus gewesen.

Diese Vermuthung rechtfertigt sich in der Structur des altröm. Sacramentsprocesses. Derselbe war ein Kampf von Behauptungen, der Auftritt der Parteien eine religiöse Ehrensache für beide Theile: die Anerkennung erschien als die Hauptsache, der sachliche Erfolg nur als Nebensache; daher war eigentlich, so scheint es, nur jene Seite im Processe staatlich geordnet, und mit der *pronuntiatio, utrius sacramentum justum sit*, die Richteraufgabe erschöpft;* die *controversia* war nicht ein Fordern des Klägers (*agere* im spätren Sinn), sondern ein Behaupten auf beiden Seiten (*contendere s. conserere*), der *vindex* hieß auch *adsertor*, und der Richterspruch war nicht ein Condemniren, sondern bloß ein *sacramentum justum judicare*. Weiter ging die Ermächtigung des Richters nicht. Die Parteien traten vor dem Richter auf, jede mit ihrer Behauptung: der Richter würde hiernach über sein *munus judicandi* hinausgegangen seyn, wenn er außer der *judicatio* noch eine *condemnatio* hätte aussprechen wollen; er war durch den Kläger nicht dazu aufgefordert, und ohne Aufforderung konnte er nicht vorgehen. Auf Grund der staatlichen Anerkennung nöthigenfalls dann den sachlichen Erfolg zu erzielen, blieb dem Kläger als Privatangelegenheit und besonderes Unternehmen überlassen, zu welchem die Obrigkeit nur auf neue Veranlassung hin ihre kräftige Unterstützung gewährte. — Dieser knappe Organismus des Processes entsprach einem Leben, welches gleichsam noch am Familiengut hing und in diesem das Maß der öffentlichen Stellung des Einzelnen erkannte: so ist der ursprüngliche Sacramentsproceß zugleich Ausdruck der Natural- und Immobiliarwirthschaft; in solcher Zeit ist der Streit über Grundeigenthum, bez. *res mancipi* überhaupt, *implicite* ein Statusproceß, und mit dem Wahrspruch des Richters ist dem Kläger Genüge geschehen, da hier eine Auflehnung der besiegten Partei zweck- und sinnlos seyn würde: der Widerspenstige würde sich auf dem räuberisch behaupteten Grundstück mitten in der eng begrenzten Genossenschaft von dieser isolirt und gleichsam exilirt haben; und wir dürfen nicht vergessen, wie in den ursprünglichen Zeiten genossenschaftlicher Geschlossenheit der Einzelne sich so sehr als Glied fühlt, daß er nicht leicht sich in Widerspruch zu der öffentlichen Stimme setzt: der Richter und „gute Mann" sprach aber als Organ der öffentlichen Sitte und Meinung.

Eine andere Wendung mußte der Civilproceß nehmen, sobald ein mobiler Vermögenswerth fungibler Natur, eine *res nec mancipi*, eine Summe Geldes, erstritten werden sollte, denn in der ältesten Zeit gab es kein präcises Eigenthum (*jus Quiritium*) an diesen, sie waren verdeckt durch die Macht des persönlichen Besitzes, nur durch die Person des Besitzers hindurch gab es einen rechtlichen Weg zu ihnen, und da-

---

*) s. Cursus § 142 a. E.

rum mußte der Proceßkampf sich um die Person des Beklagten drehen: er selbst galt als Object der Herrschaft, als Object des Streits, oder eigentlich hatte er sich schon zum Voraus unterworfen, und die *domum deductio* war nur die Folge der Obligirung. Hier zeigte sich zuerst mit Nachdruck, daß das Interesse des Klägers weiter gehen könne, als bloß eine Anerkennung seines Rechts durchzusetzen; diese lag eigentlich schon vor; es galt hier weiter, den Beklagten zum entsprechenden Handeln zu zwingen, und der Proceß mußte diesem Ausgang zustreben. Vom Standpunkte des Wettkampfes aus konnte das als ein neues und fremdes Moment erscheinen: sollte der Richter nicht bloß einen Wahrspruch thun, sondern daran ein Ansinnen knüpfen und den besiegten Beklagten auffordern, den Sieger sachlich zufrieden zu stellen? Das konnte als ein Eingriff in die souveräne Stellung des Privatmanns, selbst des Klägers, erscheinen, dessen Initiative frei bleiben, und dessen Belieben nicht vorgegriffen werden sollte. Es scheint darum, daß die Römer diesen zweiten Schritt zunächst von einem neuen Ausgangspunkte aus gethan und erst nachher beide Elemente vereinigt haben.

Der Nexumproceß mit *manus injectio* zeigt uns diesen zweiten separaten Schritt. In ihm meldet sich die schüchtern beginnende Geldwirthschaft, der Keim der Obligationsidee und jenes zweite Proceßelement, welches das naturale genannt worden ist. Hier ist kein Kampf, kein Wettkampf, sondern der Schuldner ist es selbst, welcher sich von vorn herein unterworfen, gebunden, und für einen *judicatus* erklärt hat, und sofort hat der Gläubiger mit dem Ausspruch *Damnas esto* das Ansinnen eines bestimmten sachlichen Handelns hinzugefügt: in diesem altröm. Executivproceß kündigt sich das naturale Element an.

Als dieser Proceßart durch die *lex Poetelia* die Spitze abgebrochen war, mußte das Bedürfniß einer Umgestaltung des Wettprocesses, wodurch derselbe für Obligationen geschickt gemacht und neben dem Sacramentsproceß eine andere Form geschaffen wurde, entstehen. Ob dies die Grundidee der *lex Silia* und des Condictionsprocesses war? In diesem fanden sich das ideale (*pronuntiatio*) und naturale Element (*condemnatio*) verbunden; in ihm kündigte sich der Formularproceß von Ferne an.

C. Wir haben gesehen, daß im Sacramentsproceß ein dinglicher, im Nexumproceß ein obligatorischer Grundzug vorherrschte. Jener ist der schwerfälligere, dieser der beweglichere; jener mußte sich beschränken, dieser sich erweitern, jenem gehörte die Vergangenheit, diesem die Zukunft: der Sacramentsproceß, (vielleicht überhaupt die specifische Gestalt der dinglichen Klage) zog sich auf sein eigentliches Gebiet (*in rem actiones* und Statusprocesse) zurück, der Condictionsproceß, (an der Stelle der Nexumklage, d. h. der persönlichen *actio*) erweiterte sein Gebiet durch die *lex Calpurnia* auf *omnis res* (*certa*), und in der Gestalt der *concepta verba* ward er endlich zum Ordinarproceß der dritten Periode. Dies ist die Grundbedeutung der **Formula mit dem Condemnationspassus.**

Indem das naturale Element (Leistungsansinnen) in den Proceß eintrat, die Behauptung (*contentio*) zur Forderung (*intentio*), der Ausspruch zum Anspruch, der Wahrspruch zum Machtspruch, das Erkennen zum Gebieten, die *judicatio* zur *condemnatio* wurde, gestaltete sich der Civilproceß zu einer der *Obligatio* ungemein ähnlichen Erscheinung. Schon im Sacramentsproceß, wo *vadimonium* und sonstige prätorische Stipulationen Platz fanden, blickte die natürliche Neigung des Processes durch, sich zu einem obligationsmäßigen Anspruch zu gestalten; es stehen sich ja im Proceß, wie bei der *obligatio*, Person und Person gegenüber: der Eine fordert eine Verhandlung mit dem Gegner, dessen Gegenwart und eine Anerkennung, und im Hintergrunde ruht die Erwartung, daß Beklagter, wofern er unterliegt, thätig werde, ihn, Klägern, zu befriedigen. Im Condictions- und Formularproceß aber nimmt der ganze Organismus ein obligatorisches Gepräge an: alles arbeitet hier auf die *condemnatio*, d. h. auf das Verlangen thätigen Handelns und Leistens des besiegten Beklagten hin: *apud Veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere* (Gai. 3, 180); demgemäß schied Ulpian (in *fr. 25. § 2. D. de procur. 3, 3*) von der *actio* (mit *condemnatio*) das *praejudicium* (ohne *cond.*), und wurde von dem mit der Vindication oder Erbklage Belangten gesagt: „*tenetur de proprietate*“, „*tenetur hereditatis petitione*“. Der Proceß ist nicht mehr Wette und Kampf, sondern Anspruch und Forderung. Aehnelte der Sacramentsproceß einer *in jure cessio* und dinglichen Rechtsbegründung, so ahmt der Formularproceß den Act einer Obligationsbegründung nach (vergl. v. Bethmann-H. II. S. 210). Geld aber ist der natürlichste Inhalt einer obligatorischen Leistung, und darum, wo die *condemnatio* als Proceßelement auftritt, ist sie *pecuniaria*: die *pecuniaria condemnatio* war die natürliche Form, unter welcher überhaupt die *judicatio* zur *condemnatio* werden konnte; das Condemnationselement mußte erst bedeutend erstarken, bevor eine *condemnatio in ipsam rem* zulässig schien; im alten Sacramentsproceß gab es nur *judicatio*, und der Nexumproceß hatte nicht eine richterliche Verurtheilung, sondern eine außergerichtliche Selbstverurtheilung enthalten. So läßt sich wohl behaupten, der Formularproceß habe aus dem Sacramentsproceß die *Intentio*, aus dem Nexumverfahren die *Condemnatio* entnommen, eine Combination, welche durch den Condictionsproceß vorbereitet worden. Das Nexum ging immer auf *pecunia*: darum war es natürlich und historisch, daß die gerichtliche *condemnatio* (im Formularproceß) anfänglich auch nur auf *pecunia* ging.

D. Die *condemnatio pecuniaria* im Formularproceß war zugleich eine Consequenz der Geldwirthschaft und entsprach der Herrschaft des Obligationstypus im Verkehr. Außerdem aber enthielt sie eine Erweiterung und Steigerung der richterlichen Macht, und insofern gehörte sie als ein wichtiges Entwicklungsmoment in den Zusammenhang allmählicher publicistischer Umgestaltung des Röm. Civilprocesses, wo-

durch dieser der Officialmaxime sich anzunähern begann.* Die *condemnatio* war mithin das dem Formularproceß specifische Element. Im alten Sacramentsproceß war der Kläger nur auf den Gewinn der Wette ausgegangen, die Erzwingung des erstrittenen Rechts zu weiterer Erwägung und besonderer Entschließung sich vorbehaltend; im Formularproceß legte der Kläger den vollen realen Ausgang des Processes in die Hand des Prätor, und demnach nahm dieser in die Formula die Anweisung an den Spruchrichter mit auf, eventuell der *res judicata* die Spitze der *condemnatio* hinzuzufügen und dadurch die Execution unmittelbar vorzubereiten. Diese Vorbereitung war aber nur dann eine wahre praktische Vorbereitung, wenn die Sache sofort executionsreif gemacht wurde: das geschah durch Auflösung in Geldwerth und Zusammenfassung in eine bestimmte Geldsumme; über eine solche war dann nicht weiter zu debattiren, alle Gründe der etwa erwünschten Executionsverzögerung waren beseitigt: die *res judicata* mit *condemnatio* war ein prompter Geldanspruch und fast wie eine baare Geldsumme. Darum tendirten alle Civilprocesse nach dieser Seite, zu einer Zeit, wo alle Vermögenswerthe von der Seite ihres Geldwerths angesehen wurden, und der gesammte Bestand des Nationalvermögens in raschen und leichten Fluß gesetzt ward.**

Indem der Formularproceß eine der *Obligatio* ähnliche Erscheinung genannt wird, ist seine Identificirung mit derselben deutlich genug abgelehnt. Es gibt in verschiedenen anderen Rechtstheilen gewisse typische Erscheinungen, welche mit dem civilistischen Körper der Obligatio verglichen werden können, z. B. im Staatsrecht der Anspruch des Staats an die Staatsbürger auf (fällige) Steuern; in gleicher Weise wie dieses Hoheitsrecht ein publicistisches, ist der Klaganspruch des Klägers ein processuales Analogon der Obligatio: alle drei sind als Grundtypen des Rechts anzusehen, die nur unter gewissem Gesichtspunkte vergleichbar werden. Der Vergleich hat etwas Belebendes für die Anschauung und verdeutlicht uns gut den stillen Zug des Proceßorganismus in der oben geschilderten Richtung, welche die mobilisirende, geldwirthschaftliche Strömung (in der 3. Periode) nahm und die elastische Gestalt der Obligatio zum herrschenden Typus des Verkehrsrechts erhob. Vergl. dazu Ihering Geist d. R. R. III. S. 176—185. 203.

E. Mit diesem obligationsmäßigen Zuschnitt des neuen Civilprocesses der Römer ist nicht jener vertragsmäßige Typus gemeint, welcher überhaupt dem Röm. Proceßstyl zu Grunde gelegen hat (vergl. Ihering Geist d. R. R. I. § 12. Rudorff II. § 71); es ist zwischen Vertrag (Rechtsgeschäft) und Obligatio (Rechtsverhältniß) zu unterscheiden. Der Obligationskarakter bildete sich erst jetzt aus, während der Vertragstypus† dem Röm. Civilproceß von jeher,

*) s. Cursus § 95. 133. 213. 216. u. Excurse zu § 132—150. No. II.
**) s. Excurse zu § 193—199. No. I. s. A.
†) s. oben Excurse zu § 132—150. No. II.

ja gerade in den Anfängen ganz besonders eigen war und im Laufe der Zeiten vielmehr eine Abschwächung erfuhr. Ich meine dies. In der früheren Zeit war der Civilproceß gewissermaßen über den Typus der *in jure cessio* geformt und trug demgemäß mehr einen sachenrechtlichen Karakter, wie er in der *legis actio sacramento* besonders zu Tage trat: diesem entsprach der Judicationsstandpunkt, von welchem aus mehr das Streitobject als der Streitgegner in Betracht kam. Dagegen erscheint der Formularproceß mehr über den Typus des obligatorischen Vertrags geformt, und seine Stadien gleichen den Phasen einer Obligationsentstehung, bei welcher die andere Partei in wesentlichen Betracht kommt, und das Proceßverhältniß zu einer Schuldverbindlichkeit derselben wird; indem hier vom Condemnationsstandpunkt aus mehr der Streitgegner, als der Streitgegenstand auf's Korn genommen wird, gelingt eine weit freiere und den Umständen stets volle Rechnung tragende Streitbehandlung, und der Proceß wird elastisch in einer der Mobiliar- und Geldwirthschaft entsprechenden Weise. Der Vertragskarakter schwindet mehr und mehr unter der publicistisch-bureaukratischen Neigung der späteren Zeit, wogegen der Obligationskarakter erst da seine consequente Durchbildung erhält: es geschieht dies durch die Jurisprudenz, und dieser Obligationskarakter gehört zur Signatur des Röm. Civilprocesses auf der Höhe der classischen Jurisprudenz.*

Im ersten Proceßstyl trat das Rechtsverhältniß (*res in litem deducta*) rein hervor, und da ein Rechtsverhältniß eine Herrschaft über das gegebene Object ist, so mußte der Proceß immer eine gerade Richtung auf das Object nehmen: daher hier die ruhige und einfache Objectivität des ältesten Röm. Processes, und daher mit der Verschiedenartigkeit der Objecte (Sachen, Schuldleistungen — *res mancipi, res nec mancipi!*) eine Verschiedenheit der Proceßarten (dingliche Processe: *sacramentum* — obligatorische Processe: *manus injectio*, *condictio*) zusammenhing. Im zweiten Proceßstyl ist der Proceß zu einem selbständigen Organismus erstarkt:** das Rechtsverhältniß muß sich ein Ueber- und Eingehen in diesen gefallen lassen; die Person des Gegners wird als Proceßfactor wichtig, nicht bloß in obligatorischen, sondern auch in dinglichen Processen: so gewinnt nun der Proceß eine bewegliche und dramatischer Verwicklungen aller Art fähige Subjectivität, und die dinglichen und obligatorischen Processe nähern sich einander. Diese Nivellirung vollzieht sich in der Formula. Im ersten Proceßstyl entschied der Richter viel mehr objectiv; es dürfte danach kaum vorgekommen seyn, daß, wenn einmal der Richter dem Kläger die Sache zugesprochen hatte, noch ein Dritter das Eigenthum für sich behaupten konnte; gab es doch in alter Zeit auch nur solenne Erwerbsgründe, die leicht vom Richter in absoluter Weise constatirt werden konnten. Im zweiten Proceßstyl dagegen entscheidet der Richter schlechthin nur *inter partes*: er spricht nicht aus, daß Kläger Eigen-

---

*) Vergl. die folg. Periode. **) Vergl. Cursus §. 93—95.

thümer sei, sondern daß er als Eigenthümer dem Beklagten gegenüber gelten und dieser demgemäß handeln solle, — oder daß Kläger *ex causa obligationis* zu fordern berechtigt und Beklagter zu leisten schuldig sei. Dingliche wie persönliche Klagen kommen gleicherweise auf ein Leisten hinaus.

V.

Andeutung einer innern Geschichte des Römischen Civilprocesses.

Zu § **213**] Immer wird es ein Wagniß bleiben, aus den bruchstückweisen Notizen späterer Geschichtschreiber eine Geschichte des altröm. Civilprocesses reconstruiren zu wollen, doch können vielleicht einige Winke aus den bisher gewonnenen Resultaten benutzt werden, welche sich zu einem Bilde gestalten lassen.

Die ausgebildete Proceßformula ist, wie wir gesehen haben, der entfaltete Proceßorganismus. Jeder Organismus entspringt aber einem Keim: dieser Proceßkeim muß die Intentio in ihrer ursprünglichen und einfachsten Gestalt gewesen seyn, die Intentio ohne Condemnationszweck, also als reine Contentio und einfacher Wettkampf. Noch sehen wir später im ausgebildeten Formelsystem eine Art Klagen in einer reinen Intentio dargestellt: die Statusklagen, und wir dürfen davon rückwärts schließend annehmen, daß ursprünglich alle Klagen, alle Civilprocesse die Natur von Statusklagen gehabt haben. Eine solche Annahme entspricht übrigens ganz der Uranschauung des Vermögens, welches danach noch gleichsam in der Person latent und durch das *corpus* und *caput* verdeckt war; da war die Vermögensklage noch eine Statusklage. Wenn Zwei um ein Gut stritten, kam ihr *caput*, ihr politisches (Centurien-) Recht mit in Frage, es handelte sich um das *jus Quiritium* der Parteien. Dem *ajo meum esse* des Klägers trat damals das *ajo meum esse* des Beklagten entgegen: nur mit dieser Antithese wird der Angesprochene sich als Proceßgegner gestellt haben; nur in dieser beiderseits positiven Antithese erscheint die Wette in ihrer natürlichen Gedrungenheit, nur so stehen beide Gegner ganz gleich: wahrscheinlich haben wir uns in dieser Alternative die ursprüngliche Formation des Sacramentsprocesses zu denken, und es würde dies wiederum darauf hinweisen, daß der Sacramentsproceß von Haus aus auf dingliche Klagen, nicht auf Obligationen zugeschnitten war, denn bei diesen ließ sich der klägerischen Behauptung gegenüber nicht die entgegengesetzte positive Forderung denken.

Da nun zu jenen Zeiten an *res nec mancipi* schwerlich schon ein *jus Quiritium* anerkannt war, betraf der Sacramentsproceß nur *res mancipi*, und diese waren es ja eben, welche auf den Status Einfluß hatten. Eigentliche Obligationen dürften kaum schon vorgekommen seyn, denn welche Geschäftsbedürfnisse sollten solche in der Periode des Tauschsystems hervorgerufen haben? Kauf auf Credit gab es eben noch nicht,

höchstens Darlehn, und dieses hat es mit Fungibilien, also *res nec mancipi* zu thun. Am Darlehn entwickelte sich der Keim der Obligationsidee, die sich im *nexum* zu gestalten anfing. Daneben mögen gewisse Schädenansprüche aus Delicten im Sacramentsprocesse geltend gemacht worden seyn. — Hiermit stimmt zugleich unsere Annahme, daß im Sacramentsproceß die *res ipsa* vom Richter entschieden ward, und daß der Proceß nicht in eine eigentliche *Condemnatio* (oder Absolutio) auslief; wo es sich um Obligationen und Leistungen handelt, macht sich zuerst das Bedürfniß des Condemnationselements nachdrücklich geltend. Stintzing und ebenso Mayer (*Comm. ad Gaii Institut. IV, 48*) behaupten, daß im Sacramentsproceß Verurtheilung *in ipsam rem* erfolgt sei, wogegen v. Keller Civilproc. § 13 u. 16 an seiner Ansicht festhält, daß über die Sache selbst nur indirect oder *implicite* entschieden worden: beide Ansichten vereinigen sich dahin, daß der Richter mit seiner Entscheidung die Sache selbst traf, aber allerdings keine Condemnation (oder Absolution) aussprach, sondern nur eine *pronuntiatio* gab, wer von den Streitenden Recht habe; mit diesem Ausspruch war über das dingliche (bez. obligatorische) Recht selbst und zugleich über die Wette entschieden.

Sollte aber, wo das eigentliche Wettverfahren vor Gericht, d. h. der Streit, der nicht in die Bahn der Privatexecution des *nexum* gelenkt war, stattfand, immer der große Gerichtshof der Centumvirn in Thätigkeit gesetzt werden? Anfangs hatte der Senat den eingeleiteten Proceß spruchrichterlich erledigt; der Senat hatte sich dann zum Gremium der Centumvirn zusammengezogen. Vielleicht nun sind die *ἰδιῶται δικασταί* des Dionysios (4, 25) schon Einzelrichter, welche von Servius Tullius neben dem Centumviralhof als Institution eingeführt wurden für *res nec mancipi*, für Geld, d. h. für Obligationen auf Geld. Servius Tullius ordnete zuerst das einheimische Geldwesen, durch ihn muß der Geldverkehr einen gewissen Aufschwung genommen haben, er bestimmte den Census formell nach Geld: so mochte auch die Neuerung des Richterwesens hiermit in Zusammenhang stehen. Die alten Sacramentsprocesse über *res mancipi* blieben vor dem Collegialgericht, die Geldprocesse kamen jetzt vor Einzelrichter: jenes wie diese wurden aus den Senatoren bestellt; jene Processe waren wesentlich Statusprocesse und insofern publicistischer Färbung, diese waren, sofern sie dem Schuldner nicht ans *caput* (höchstens ans *corpus*) gingen, und er durch Geld (*res nec mancipi*) sich löste, reine Privatsachen. Die *lex Pinaria* stellte dann auch die dinglichen Sacramentsprocesse geringern Werthes (1000 As d. h. = einem Morgen Ackerland) den reinen Privatsachen gleich und zog sie vor Einzelrichter. Der Condictionsproceß mit Einzelrichtern war der Erbe des obligatorischen Sacramentsprocesses, dessen praktisches Gebiet gewiß überhaupt ein sehr enges gewesen seyn dürfte; der Condictionsproceß repräsentirt zugleich eine höhere Stufe der Obligationsidee.

Diese aber drängte auf den Condemnationszweck hin. Vor den

Centumvirn blieb die Idee des Status die herrschende; wo der Kläger Condemnation suchte, mußte er eine Formula vom Prätor erwirken, und bei Obligationen überhaupt war die Formula mit Condemnationssatz besonders indicirt. Die *Condemnatio* ward das praktische Criterium für Centumviral- und Formularprocesse; sie bezeichnete aber überhaupt eine neue Stufe der Proceßentwicklung. Die *Condemnatio* drängte zur Individualisirung und Artunterscheidung der Klagen, vornehmlich der obligatorischen. Der Maßstab und die Grenze der Condemnation konnte verschieden seyn, und mit dieser Verschiedenheit hing das Auftreten der *Demonstratio* zusammen: die *Intentio*, indem sie nach der einen Seite hin die *Condemnatio* als neuen Zweig aus sich entließ, trieb zugleich nach der anderen Seite hin die entsprechende *Demonstratio* hervor.

VI.

Der Stellvertreter im Proceß, die *condemnatio* und *actio judicati.*

Zu § 243] Es ist behauptet worden, daß die Sentenz nur auf den Stellvertreter lauten, nur für und gegen diesen wirken, folglich die Execution (*actio judicati*) nur den *cognitor rei* treffen, nur dem *cognitor actoris* zustehen, die Wirkungen der Sentenz nur indirect (durch Defensionsübernahme, bez. Cession, später durch *actio judicati utilis*) auf den *dominus* zurückbezogen werden konnten (s. namentl. Bekker Consumt. S. 151 u. Rudorff II. § 72; vergl. dazu die eigenthümliche Combination bei Salpius Novation und Delegation, S. 367). Allein soweit diese Behauptungen den *Cognitor* betreffen, gebricht es an jeglichem Beweise; es sind immer nur vom *procurator* handelnde Stellen, welche angeführt wurden (die Annahme einer Interpolation in einigen dieser Stellen ist mindestens sehr problematisch); unverkennbar aber war die Stellung des *cognitor* und des *procurator* eine grundwesentlich verschiedene: der *cognitor* übernahm den Proceß auf fremde — der *procurator* auf seine Gefahr; den *cognitor* hatte sich der *dominus in litem* substituirt, der *procurator* war es selbst, der sich *in litem* substituirte. Darum hatte es der Gegner dem *cognitor* gegenüber im Grunde immer mit dem *dominus*, dem *procurator* gegenüber gar nicht mit dem *dominus*, sondern lediglich mit dem *procurator* selbst zu thun. Dieser Unterschied mußte sich auch in der Sentenz geltend machen, denn die Beziehung der *condemnatio* auf den *cognitor* konnte nur einen formalen Sinn, ihre Beziehung auf den *procurator* mußte einen materiellen Sinn haben. Wir kennen überhaupt die Formulirung der Sentenz nicht, und wissen nicht, in welcher Gestalt besondere *pronuntiatio* und darauf besondere *condemnatio* folgte (s. v. Bethm.-H. II. S. 240. 288. 446), und wie die letztere specialisirt war. Das *in personam cognitoris condemnationem convertere* kann recht wohl bedeutet haben: die Sentenz dem *cognitor* gegenüber auf Grund der Handlungen desselben *in judicio* ab-

geben, und dies kann in einer Wendung geschehen seyn, welche das eigentliche Leistungsansinnen auf den *dominus* selbst beziehbar machte.

Gegen die oben angeführte Ansicht spricht schon dies, daß danach ein einfacher *cognitor* dem *cognitor in rem suam* glich und folglich die Bestellung eines einfachen *cognitor* weit über das Ziel hinausschoß; sodann ist aber zu bemerken, daß die *fr. Vatic.* § 317 ausdrücklich und schlechthin die *actio judicati* auf den *dominus* beziehen, und daß diese *actio judicati* nirgends als *utilis* bezeichnet wird. Man hat dem gegenüber von einem *dominium litis* des Stellvertreters gesprochen, und in Einer Stelle (von Macer) wird allerdings dieser Ausdruck gebraucht, aber nicht bezüglich des *cognitor*, sondern des *procurator;* vom *cognitor* sagt Gaius, daß er nur *loco domini habetur*, immer wird der *cognitor* dem *dominus* (Vertretenen) gegenübergestellt, und in vielen Stellen, z. B. *fr. 30. 31. D. de procurator* (*3, 3*), *fr. 7. D. de in lit. jur.* (*12, 3*), *l. 1. Cod. de errore advoc.* (*2, 12*) wird der Interessent selbst als *dominus litis* bezeichnet.

Wir haben festzuhalten, daß der *cognitor* Organ war; was er *in judicio* that, galt, wie des *dominus* eignes Handeln, die Sache (*lis*) blieb die des *dominus*, über dessen Recht sprach sich der Richter aus (*secundum — contra eum judicabatur*, z. B. *fr. 9. § 1; fr. 27* u. *30. D. de exc. rei jud. 44, 2*), freilich dem *cognitor* gegenüber, mit welchem er es factisch zu thun hatte, aber die Sentenz sah es doch auf den *dominus* ab, und so konnte die *actio judicati*, welche auf *intentio* und *condemnatio* zugleich beruhte, nur unmittelbar in der Person des *dominus* Gestalt und Kraft gewinnen. Mit Ertheilung der Sentenz war die Function des *cognitor* erloschen, denn er war eben nur für diesen Proceß substituirt; die Sentenz würde hiermit in Widerspruch getreten seyn, wenn sie ihre Wirkungen zunächst auf den *cognitor* gelenkt hätte; die *actio judicati* war ein neuer Proceß, und in diesem mußte von vornherein auf die in der ursprünglichen *Intentio* fixirte Sachlage zurückgegangen werden. Es war auch nichts leichter, als diese *actio judicati* mit dem Vorausgegangenen in Einklang zu bringen, denn ähnlich, wie bei einer *actio adjecticiae qualitatis*, z. B. *quod jussu*, konnte in der *demonstratio*, bez. mit einer besonderen *praescriptio* vor der *Intentio* (in der Formel der *actio judicati*) der durch den *cognitor* erzielten *condemnatio* gedacht werden, (vergl. Gai. 4, 134). Beim *procurator* lag Alles anders: dieser constituirte ein selbständiges *judicium*, das zunächst sein eigenes war, und nicht auf das Rechtsverhältniß des *dominus*, sondern neben dieses gestellt wurde (*l. 1. Cod. de sentent. 7, 45*; *fr. 11. pr. D. de doli exc. 44, 4*); nur mittelbar und künstlich konnte dann (*verum mandatum* oder *ratihabitio* vorausgesetzt) die Sentenz auf den *dominus* hinüber bezogen, *in dominum et domino* die *actio judicati* gewährt werden (*indulgeri*).

Mit dieser Ansicht stimmt überein, 1) daß der Executionsantrag *actio judicati* (nicht *condemnati*) genannt wurde: das *judicatum* wies auf die *judicatio* oder *pronuntiatio* (s. *fr. 15. D. de exc. rei jud. 44, 2*), diese aber auf die *intentio* zurück; 2) sodann der Ausdruck bei *Cic. pr. Q.*

Rosc. 18: *alteri nemo potest petere, nisi qui cognitor est factus*, woraus folgt, daß *cognitor non sibi, sed domino petebat*, und daß demgemäß auch die Sentenz formulirt worden seyn muß; 3) der Umstand, daß nicht dem *cognitor rei*, sondern dem *dominus* selbst die *cautio judicatum solvi* oblag; v. Keller (Civ.-Proc. § 57) bemerkt: „für den *Cognitor* hat der *Dominus* die Satisdation zu leisten", und ähnlich drücken sich v. Bethmann-H. u. Salpius aus; man sieht aber nicht ein, warum diese Wendung? denn der Natur der Sache nach lag jene Caution dem *dominus* selbst ob, und nirgends ist in den Quellen gesagt, daß derselbe für den *cognitor* cavirt habe. — Abgesehen hiervon scheint v. Keller § 32. 53 mit der hier vertheidigten Ansicht (s. Kuntze d. Obl. u. Singularsucc. S. 35—8) übereinzustimmen, und ähnlich ist dieselbe neuerdings v. Bethm.-H. II. S. 430. 438 entwickelt worden.

VII.

Beispiele der Formelconception.

Zu § **228**] A. Formeln mit civilrechtlicher Intentio.

1) *Octavius judex esto. Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio decem millia Sest. dare oportere: N. N-um A. A-o decem millia Sest. condemna, si non paret, absolve* (*actio in personam*, z. B. *condictio certi ex stipulatu*).
2) *O. J. E. Si paret, fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus P. Servilio restituetur: quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N-um A. A-o condemna, si non paret, absolve* (*rei vindicatio*).
3) *O. J. E. Si paret, A. Agerii jus esse eundi agendi in fundo Corneliano, quo de agitur, neque N. N-us A. A-o arbitratu tuo restituat: quanti ea res erit, N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio confessoria s. vindicatio servitutis*).
4) *O. J. E. Si paret, N-o jus non esse, invito A-o uti frui fundo Sejano, quo de agitur, neque N-us A-o restituat: quanti etc.* (*actio negatoria s. vindicatio libertatis praedii*).

Vergl. v. Bethmann-H. II. S. 221. 242. 252.

Jene *actio in personam* zeigt uns eine *certa intentio* und *certae pecuniae condemnatio* (s. auch Formula *sub* 27), die übrigen (dinglichen) Formeln eine *certa intentio* mit *incertae pecuniae condemnatio* (s. g. *infinita cond.*).*

Zu § **230**] B. Formeln mit Demonstratio vor der Intentio: (welchenfalls die Intentio immer *incerta* ist):

5) *O. J. E. Quod A. Agerius de N. Negidio incertum* (z. B. *societatis causa*) *stipulatus est: quidquid ob eam rem N-um A-o dare facere oportet, ejus N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio ex stipulatu*).

---

*) Eine *condemnatio praefinita s. cum taxatione* s. unten Formula sub 14 u. 23.

6) *Quod A-us N-o equum locavit, qua de re agitur: quidquid ob eam rem N-um A-o dare facere oportet ex fide bona, ejus N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio locati*).

7) *Quod A-us apud N-um mensam argenteam deposuit, qua de re agitur: quidquid etc.* (*actio depositi:* s. Gai. 4, 47).

8) *Quod N-us A-o furtum fecit paterae aureae, qua de re agitur, si paret ob eam rem N-um A-o pro fure damnum decidere* (als Dieb die Beschädigung büßen) *oportere: quanti paret eam rem fuisse, tantae pecuniae duplum N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio furti nec manifesti:* vergl. v. Bethm.-H. II. S. 300).

Zu § **231**] C. Formel mit Adjudicatio:

9) *O. J. E. Quod Titio cum Sejo fundus Campanus, qua de re agitur, communis est, qua de re alter alterum provocavit: quantum paret ob eam rem alteri ab altero adjudicari, alterumve alteri condemnari oportere ex fide bona, tantum alteri ab altero adjudica tantique alterum alteri condemna, s. n. p. a.* (*judicium divisorium duplex, sc. actio communi dividundo:* s. v. Keller Civilproc. § 40. Anm. 458, dazu Dernburg d. Compensation S. 94).

Zu § **232**] D. Formeln ohne Condemnatio (*praejudiciales actiones*):

10) *O. J. E. Si paret, L. Titium servum A-i esse: eum servum videri, si non paret, non videri pronuntia* (so, wenn der Herr gegen den im factischen Zustande der Freiheit Befindlichen auftrat).

11) *Si paret, Titium liberum esse, judex eum liberum videri, s. n. p., eum liberum non videri pronuntiato* (so, wenn der im factischen Zustande der Sklaverei Befindliche gegen den Herrn auftrat.

Vergl. v. Bethm.-H. II. S. 336—9; Rudorff II. § 34.

Ebenso konnte es sich darum handeln, ob der *Titius* ein *ingenuus* oder *libertus* (des Gegners) sei.

Zu § **233**] E. Formel mit fingirter *legis actio*:

12) *Quod N-us A-o furtum manifestum fecit paterae aureae, tum* (die Fiction:) *si ob eam rem N-um ex lege verberari itemque A-o adjudicari pareret: quanti ea res fuit, tantae pecuniae judex N-um A-o condemna.*

Vergl. v. Bethm.-H. II. S. 307. Anm. 17; abweichend Rudorff II. S. 351.

Zu § **234**] F. Formeln zu *actiones utiles* (d. h. mit entlehnter und demgemäß complicirter, aber wirklicher *intentio*):

13) *Si quem hominem A-us emit et is ei traditus est, si anno possedisset, tum si eum hominem, d. q. a., ex jure Quiritium ejus esse pareret, neque is fundus A-o restituetur: quanti ea res erit, tantam pecuniam N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio in rem Publiciana*).

14) *Si paret, ope consilio Dionis Titio* (*civi Romano*) *furtum factum*

esse, si is civis Romanus esset, quamobrem Dionem Titio pro fure damnum decidere oporteret: quanti paret eam rem fuisse, tantae pecuniae duplum condemna (*actio furti nec manifesti* gegen einen Peregrinen).

15) *Si ex decreto duumviri Q. Licinius eo nomine, q. d. r. a., L. Sejo damni infecti repromittere noluit, si antequam id judicium, q. d. a., factum est, Q. Licinius damni infecti eo nomine, q. d. r. a., eam stipulationem, quam is, qui Romae inter peregrinos jus dicit, in albo propositam habet, L. Sejo repromisisset, tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Sejo dare facere oporteret ex fide bona: dumtaxat Sestertium centum millia ejus Q. Licinium L. Sejo condemna, s. n. p. a.* (*actio damni infecti*).

„Alle diese Formeln (*sub* 13—15) enthalten 4 Theile: 1) die Erwähnung der Thatsache, auf welche die *actio utilis* sich wirklich gründet, insofern sie des Beweises bedarf; 2) die fingirte rechtliche oder thatsächliche Voraussetzung; 3) die hypothetische rechtliche Folgerung daraus, entsprechend der Intentio der *actio directa;* 4) die gewöhnliche Condemnatio derselben, die durch Vermittelung der beiden hypothetischen Zwischensätze an die im 1. Theil ausgedrückte thatsächliche Bedingung der *actio utilis* geknüpft wird. Die Formel enthält also regelmäßig zwei Behauptungen des Klägers, die auch den Gegenstand seines Beweises im Judicium bilden: die erste unter 1) auf eine Thatsache gerichtet, die zweite unter 3) auf ein Recht. Jene ist die wirkliche Intentio der prätorischen *actio utilis*, und diese selbst insofern *in factum concepta;* diese die entlehnte Intentio der civilen *actio directa* und deshalb *in jus concepta.*" (v. Bethm.-H. II. S. 311. 312). Dazu *Lex Rubria c. 20*, Huschke Gaius S. 203 ff. und v. Keller Civilproc. § 31.

Zu § **235**] G. Formeln zu *actiones in factum* (d. h. ohne eigentliche Intentio):

16) *O. J. E. Si paret, A-um a municipibus municipii Venusini fundum Cornelianum in perpetuum conduxisse, neque is fundus A-o restituetur: quanti ea res erit, tantam pecuniam municipes municipii Venusini A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio in rem emphyteuticaria*).

17) *Si paret, A-um a N-o superficiem in perpetuum conduxisse, neque is fundus etc.* (*actio in rem de superficie*).

18) *Si paret, eam rem, q. d. a., ab eo, cujus in bonis tum fuit, ob pecuniam promissam* (*s. numeratam, debitam*) *A-o pignori obligatam, et neque eam pecuniam solutam, neque eo nomine satisfactum esse, neque per A-um stare, quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitratu tuo N-us A-o restituet: quanti ea res erit, tantam pecuniam N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio quasi Serviana s. hypothecaria*).

19) *Quantae pecuniae paret A-i interesse, hominem, q. d. a., sibi exhiberi, tantae pecuniae, si is homo penes N-um est, dolove*

N-i factum est, quominus esset, neque arbitratu tuo A-o exhibebitur, N-um A-o condemna, s. n. p. a. (*actio ad exhibendum*).

20) *Si paret, N-um A-o decem millia Sest. soluturum se constituisse, eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, et eum, qui constituit, neque solvisse, neque fecisse, neque per A-um stetisse, quominus fieret, quod constitutum est: quanti ea res erit, tantam pecuniam etc.* (*actio de pecunia constituta*).

21) *Licinius, Sempronius, Titinius recuperatores sunto. Si paret A-um patronum a N-o liberto contra edictum Cornelii praetoris in jus vocatum esse: recuperatores, N-um libertum A-o patrono Sestertium quinquaginta millia* (*50 aureos*) *condemnate, s. n. p. a.* (reine Pönalklage *propter in jus vocationem patroni*).

22) *Si paret, dolo malo N-i factum esse, ut A-us fundum Cornelianum Titio* (oder auch: *N-o*) *mancipio daret* (u. dergleichen), *nisi arbitratu tuo N-us A-o rem restituet: quanti ea res erit, N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio de dolo*, als Beispiel einer reipersecutorischen Klage *ex delicto*).

23) *L. S. T. recuperatores sunto. Quantae pecuniae paret dolo malo familiae N-i hominibus armatis coactisque damnum datum esse A-i, dumtaxat Sest. tot millium: tantae pecuniae quadruplum recuperatores N-um A-o condemnate, s. n. p. a.* (*actio de vi hominibus armatis coactisve*, später *actio bonorum raptorum* genannt: als Beispiel einer *actio mixta*).

24) *Si paret, metus causa factum esse, ut A-us fundum Cornelianum Titio mancipio daret: nisi arbitratu tuo N-us A-o rem restituat, quanti ea res erit, quadruplum N-um A-o condemna, s. n. p. a.* (*actio in rem scripta*, nämlich *quod metus causa*, als zweites Beispiel).

Vergl. v. Keller Civilproc. § 33. 79; Rudorff II. § 50; v. Bethmann-H. II. S. 313—320; Ihering Geist d. R. R. III. S. 58.

Zu § **240** und **242**] H. Formeln mit *exceptio* und *replicatio:*

25) *O. J. E. Si paret illam rem, q. d. a., ex jure Quiritium A-i esse: extra quam si ea res N-o usufructus nomine tradita est, aut si A-o usufructus nomine satisdatum non est, nisi eam rem N-us A-o arbitratu tuo restituet, quanti ea res erit, N-um A-o condemna, si n. p. a.* (*rei vindicatio*).

26) *Si quem hominem A-us emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, d. q. a., ex jure Quiritium A-i esse pareret: extra quam si is homo, q. d. a., N-i est ex jure Quiritium, aut si ea res N-o agente secundum A-um judicata est, nisi eam rem etc.* (wie vorher: *actio in rem Publiciana*).

27) *Si paret, N-um A-o decem millia Sest. dare oportere: N-um A-o, si ea res judicata non est, aut si in ea re dolo malo N-i aliquid factum est sive fiat, Sestertium decem millia condemna, s. n. p. a.* (*actio ex mutuo*).

Zu § **242**] J. Formeln mit *duplicatio*.

28) *O. J. E. Si paret illam rem, d. q. a., ex jure Quiritium A-i esse: si non a Sempronio, cui A-us heres est, ea res N-o donandi causa tradita est, aut si hoc contra legem Cinciam factum est, neque in ea re dolo malo A-i aliquid factum est sive fiat, nisi restituat, quanti etc. (rei vindicatio).*

29) *Si quem hominem A-us emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, d. q. a., ex jure Quiritium A-i esse pareret: extra quam si N-i is homo, d. q. a., ex jure Quiritium est, aut si ab auctore N-i prius A-o traditus et si pretium ab A-o solutum est, nisi restituat etc. (actio Publiciana).*

30) *Quod N-us negotia Titii dementis, cui heres A-us est, gessit, qua de re agitur: quidquid ob eam rem N-um A-o dare facere oportet ex fide bona, ejus N-um A-o, si ea res inter N-um et Sempronium, Titii curatorem, judicata non est, aut si is, qui egit, satis ex decreto non dedit, neque in ea re dolo malo A-i aliquid factum est sive fiat, condemna, s. n. p. a. (actio negotiorum gestorum directa).*

Vergl. v. Keller Civilproc. § 37.

Vierte Periode.

Von Augustus und Labeo bis auf Severus Alexander und Modestinus.

(ca. 1-250 n. Chr.)

XXVI. Kapitel.

I. Länder und Völker des Orbis Romanus.

(Zu § 266-277)

I.

Das Römische Weltreich.

Zu § **268**] Rom umspannte den bekannten Erdkreis. Als Ganzes stand jetzt zum ersten Male die civilisirte Menschheit geordnet zwischen den Säulen des Hercules und dem Euphrat, der Sahara und der Donau vor dem Blicke eines Jeden. Wie im Ei, dem kleinen Normaltypus eines werdenden Organismus, von kleinstem Punkte aus die gestaltende Lebenskraft wirksam wird und allmählich den ganzen Stoff, der es um-

gibt, in den Umkreis seiner Lebensregungen zieht: so hatte die *Urbs* sich im Lauf der Jahrhunderte zum *Orbis* entfaltet und aufgebaut. Der *Orbis Terrarum* (ὅλη ἡ οἰκουμένη: Apost.-Gesch. 11, 28) war zum ***Orbis Romanus*** geworden, und innerhalb dieser enormen Peripherie wogte ein reicher Wechselverkehr aller Völker, knüpfte sich eine Verbindung aller nahen und entfernten Länder. Welches Bild an jenem ersten Pfingstfest zu Jerusalem! Der Kämmerer der Maurenkönigin Kandaces in Judäa auf Reisen im offnen Wagen durch fernes Land, Männer aus Cyprus und Cyrene in Antiochien (Ap.-Gesch. 11, 20), Römische Legionen in allen Provinzen, und in den Legionen Landsleute aus allerlei Volk und Land!

Es ist den Römern der Vorwurf gemacht worden, daß sie auf der Bahn ihrer Weltherrschaft manche Kraft aufkeimender oder entwickelter Bildung zertreten hätten; das mag hier und da, aber nur ausnahmsweise der Fall gewesen seyn. Vielleicht wurden einzelne Stämme der westlichen Reichshälfte, die damals noch auf der Stufe der Kindheit standen, in ihrer normalen Ausreifung unterbrochen; „indeß störend und vernichtend haben nicht bloß Römer auf sie eingewirkt. Spanien war schon vor seiner Berührung mit den Römern durch Karthager und durch die wechselseitigen Fehden der eigenen unverbundenen Stämme großentheils zerrüttet. Ja die innere Zerrissenheit macht es unwahrscheinlich, daß hier aus heimischen Elementen ein erfreuliches Culturleben sich würde entwickelt haben. Und eben so fraglich ist es, ob in Gallien, bei seiner Adels- und Pfaffendespotie, freiere Zustände des Volks und höhere Cultur je Raum gewinnen mochten. Was in beiden Ländern, ohne Zuthun der Römer, sich möglicherweise entfalten konnte, ist freilich ungewiß, aber sehr zweifelhaft bleibt der Werth jener Eigenthümlichkeiten, die hier vor dem Röm. Wesen so völlig verschwanden. In sehr geringem Grade lastet obiger Vorwurf auf der Röm. Unterjochung der östlichen Länder. Ehrenwerthe Nationalitäten konnte Rom im Orient nicht vernichten, denn sie waren schon durch eigene Schuld versiecht. Die dortigen Völker hatten die Rollen ihrer Geschichte längst ausgespielt; jedes gesunde politische Leben war abgestorben. Jugendzeit und geistige Schöpferkraft vermochte Rom den Stämmen nicht wieder zu erwecken, aber es verlieh, was in seiner Macht stand.* Es bewahrte Vorderasien vor dem ärgsten Loose, den östlichen Barbaren zur Beute zu fallen, es rettete hier die Nachblüte der hellenischen Cultur und bereitete diesen wie anderen Völkern den Zustand eines erfreulichen Privatlebens am Abend ihres alten geschichtlichen Daseyns. Dies letztere Verdienst vor allen hat sich die Röm. Monarchie in dem 1. und 2. Jahrhundert um die Provinzen erworben. Die Einheit des colossalen Herrschaftsgebiets war freilich größtentheils eine bloß äußere, und nur durch ein gewaltsames Band vermochte Rom unter seinem Scepter die Nationen zusammen zu halten. Den weitgetrennten, ver-

*) s. oben Excurse zu § 151—160. No. II. S. 158.

schiedenartigen Völkern fehlte das Gefühl des Zusammengehörens: der Syrer konnte den Spanier, der Afrikaner den Gallier nicht als seinen Landsmann betrachten und in dem Weltreiche ein Vaterland sehen. Patriotismus und freiwillige Aufopferung für die Monarchie mußten dem unterthänigen Theile ihrer Bewohner fremd seyn. Durch den guten Willen der Gehorchenden bestand das Reich nicht; also konnte es nur vermöge einer stets gerüsteten Streitmacht und durch eine Verwaltung, die sich der Despotie näherte, gezügelt werden. Aber viele Nationen, namentlich die des Orients, kannten keine andere, als despotische Regierungsform, und die meisten Provinzen wurden durch die Verbesserung der Verwaltung, welche Augustus herbeiführte, mit ihren Verhältnissen ausgesöhnt. Die Monarchie heilte zunächst die Wunden, welche der Freistaat den Unterthanenländern geschlagen hatte." Hoeck Röm. Gesch. I. 2. S. 257.

„In Spanien begann die eigentliche Civilisation erst mit Augustus. Die Isolirung der Stämme hörte auf, und der äußerste Süden des Landes ward mit dem Norden in Verbindung gesetzt. Die Bevölkerung stieg, der Wohlstand hob sich, und schon im 1. Jahrhundert der Kaiserherrschaft waren die Spanier fast zu Römern geworden (*Strabo III. p. 151; Plin. H. N. III, 3*). Dasselbe gilt vom Narbonensischen Gallien, welches nach Plinius Ausspruch (III, 5) mehr italisch als gallisch ist. Seit der Kaiserherrschaft schritt die Bildung längs dem Rhodanus weiter vor (*Dio 44, 42*); Vienna, Lugdunum, Augustodunum mit andern Städten erwuchsen zu bedeutenden Sitzen des Handels und eines durch Wissenschaften und Kunst verschönerten socialen Lebens. Vor allen gewann Lugdunum, wo alle Straßen des Landes zusammenstießen, durch die Römer seine große Bedeutung; es wurde im höheren Sinn für das südliche Gallien, was Augusta Tervirorum für das nördliche und für die Rheinländer war, der Mittelpunkt des neuen Lebens. Durch allgemeinen Ackerbetrieb und durch Handel mit den Landesproducten hob sich der Wohlstand und vermehrte sich die Bevölkerung in Gallien, wie in Spanien. Beide Länder galten im 1. Jahrhundert für den kräftigsten Theil des Reichs (*Tac. Hist. 3, 53*). Aehnliche Erscheinungen gewährten die Donauländer. Während die alte Kraft sich in Pannonien erhielt, fand früh die Röm. Kriegskunst Aufnahme, und mit ihr wurden Röm. Sprache und ein gewisser Grad geistiger Bildung hier heimisch (*Vell. Paterc. 2, 110*)." Am wenigsten unter den östlichen Ländern machte das eigentliche Hellas die Vortheile der Monarchie sich zu Nutzen. „Nur die Röm. Colonien blüten in Hellas und mit ihnen die wenigen Städte, welche durch den Glanz alter Kunstwerke oder durch den Ruhm ihrer Philosophen die Fremden anlockten. Aber das übrige Land hat sich nicht wieder aus seiner Verödung erhoben (*Strabo VI. p. 322*): sein Wohlstand sank immer tiefer und die Bevölkerung war in stetem Abnehmen. Die Schuld lag nicht an Rom: dies bezeugt der Flor der hellenisirten Länder Vorderasiens. 500 bevölkerte Städte zählte allein die Provinz Asia im 1. Jahrh. (*Joseph. bell. Jud. 2,16*), und unter ihnen

wetteiferten an Reichthum Smyrna, Ephesus und Pergamus. Auf gleiche Weise blüte Syrien mit andern Provinzen der Halbinsel. Antiochien's Bevölkerung kam der von Alexandrien gleich, und ihr ähnlich ragten Seleucia, Apamea, Laodicea und andere Städte durch Einwohnerzahl und Wohlstand hervor. Caesarea in Cappadocien enthielt 400,000 Einwohner, und Nicomedien in Bithynien stand an Schönheit keiner Stadt der Welt, an Größe nur Rom, Konstantinopel, Alexandrien und Antiochien nach. In Aegypten stieg der Handel um das Sechsfache seiner früheren Bedeutung (*Plin. H. N. 5, 43*; *Dio 51, 18*)." „Die Güter der Erde wurden durch den geknüpften Verkehr zum allgemeinen Besitz (*Plin. 3, 6*; *14, 1*). Die Gegenstände der Nahrung und Kleidung verbreiteten sich mit Leichtigkeit durch alle Theile der Röm. Herrschaft; und namentlich das Pflanzenreich fand eine erweiterte Heimat. Schnell wanderten Kunstfertigkeiten und Erfindungen mit ihren Urhebern aus einem Lande ins andere; die alten und neuen Schriftwerke der geistig hervorragenden Völker fanden Aufnahme in den Culturstädten der entferntesten Provinzen. Viele Meisterwerke der alten hellenischen Literatur wurden auf diese Weise vor dem Untergange bewahrt. Die Cultur unsrer Tage ist größtentheils das Verdienst der Römer, denn sie retteten durch Verbreitung, was uns gebildet hat" (Hoeck Röm. Gesch. I. 2. S. 265—9). „Was Wunder", so schließt Josephus (*de bell. Jud. 3, 5*) seine Schilderung des Röm. Heerwesens, „wenn der Euphrat und der westliche Ocean, das innere Afrika und die Donau zu Grenzen des Reichs wurden; ist man doch berechtigt zu behaupten, dieses Gebiet sei kleiner, als seine Herren", und von einem noch höhern Standpunkte aus sagte mehrere Jahrhunderte nachher Augustinus (*de civ. Dei 5, 17*): *Humanissime factum est, ut omnes ad romanum imperium pertinentes societatem acciperent civitatis et romani cives essent.*

II.

Occident und Orient.

Zu § **273**] Die Röm. Action war während der ersten Hälfte der vorigen Periode auf Europa (und Afrika) beschränkt gewesen;* je weiter aber Rom in Asien eingriff, um so mehr zeigte sich der eigene Schwerpunkt der hellenistischen Cultur des Orients: Aegypten bildete den Schlußstein der orientalischen Reichshälfte. Während in Afrika, Spanien, Gallien und längs der Donau lateinische Sprache und Sitte die Oberhand gewannen, fand der Orient im Hellenismus das Band eines engeren Zusammenhangs, an welches er schon seit Jahrhunderten gewöhnt war, und welches durch die Herrschaft der Römer nicht zerrissen, unter ihrer Obhut vielmehr gestärkt und bewahrt wurde. So kam es, daß, als die Lebenskraft des großen Reichsorganismus zu schwinden begann, die orientalische Hemisphäre sich immer selbständiger zu Rom und dem Occident stellte.

*) s. Cursus § 152.

-ten Regungen einer Absonderung der Osthälfte zeigten sich -a's Zeit: zuerst, als im Kampfe zwischen Sulla und Cinna -rsteren in Makedonien Rückhalt suchte, und hier in Sul- -r sich aus den geflohenen Senatoren gleichsam ein -te (Mommsen R. Gesch. II. S. 321), während das -rtei nicht bloß Italien, sondern sämmtliche occi- -eine Zeit lang absolut beherrschte (i. J. 87 v. -gerade zu der nämlichen Zeit war es, daß der -ch in der Person des gewaltigen Pontischen Königs seiner letzten großen Opposition erhoben hatte. Die -ila's war keine geringere, als die, die Suprematie Europa's -ien definitiv zu besiegeln; Mithridates hatte sich der asiatischen -der und angrenzenden Meere bemächtigt, bereits richtete er seinen Angriff auf Europa und wollte in Hellas selbst die Entscheidung herbeiführen, wo er „nicht bloß mit den Waffen, sondern zugleich mit der nationalen Propaganda“ wirkte. „Die Hellenen und die Asiaten vereinigten sich in dem Jubel, der den Befreier empfing; es ward üblich, den König, in dem, wie in dem göttlichen Indiersieger, Asien und Hellas sich abermals zusammenfanden, zu verehren unter dem Namen des neuen Dionysos“ (Mommsen II. S. 273—307). Sulla überwand den Gegner, und seitdem mußte dieser asiatisch-hellenische Geist innerhalb des Reichsganzen neue Bahnen suchen, er nöthigte Rom immer neue Rücksichten ab, machte sich in Kunst und Literatur, selbst im Rechts- und Staatsleben geltend und fand endlich im dualistischen Imperatorenthum einen Ausdruck, durch welchen der Auseinanderfall des Reichs gewissermaßen eingeleitet wurde. Schon in der letzten Zeit der Republik war man so weit, „daß in der gesammten Westhälfte des Röm. Staates der Denarfuß ausschließlich herrschte: denn Italien, Sicilien, Sardinien, Africa brauchten ausschließlich Röm. Silbergeld, und das in Spanien noch umlaufende Provinzialsilber, sowie die Silbermünze der Massalioten und Illyriker war wenigstens auf Denarfuß geschlagen. Anders war es im Osten. Hier, wo die Zahl der seit alter Zeit münzenden Staaten und die Masse der umlaufenden Landesmünze sehr ansehnlich war, drang der Denar nicht in größerem Umfang ein. Diese wesentliche Verschiedenheit des occidentalischen und des orientalischen Münzwesens ist von der größten geschichtlichen Bedeutung geworden: die Romanisirung der unterworfenen Länder hat in der Annahme der Röm. Münze einen ihrer wichtigsten Hebel gefunden, und es ist kein Zufall, daß dasjenige, was wir in dieser Epoche als Gebiet des Denars bezeichnet haben, späterhin zu der lateinischen, dagegen das Gebiet der Drachme späterhin zu der griechischen Reichshälfte geworden ist“ (Mommsen II. S. 407).

Unter den Juliern, Flaviern und Antoninen schien der Orient noch keine Selbständigkeitsgelüste zu nähren, dem Antoninus Philosophus, der seinen Bruder L. Verus zum Mitregenten annahm (162—165), lag der Gedanke der Reichsvertheilung noch fern. Bedeutsamer ist, daß

Septimius Severus, der in Illyrien zum Kaiser ausgerufen worden, in Pescennius Niger einen in Syrien zum Kaiser ausgerufenen Gegenkaiser zu bekämpfen hatte (194), und daß seit Heliogabalus die Sitte der Mitregentschaft sich zu bilden begann. Heliogabalus ernannte den Severus Alexander (221), dieser den Ovidius Camillus (229), Gallus dann den Hostilianus und Volusianus (251), nächstdem Valerianus seinen Sohn Gallienus (253) zu Mitregenten. Die Diocletianische Reichsvertheilung, diese erste officielle Anerkennung des Reichsdualismus, war also nicht ohne allen Vorgang. Wie in vielen Punkten, so hatte sich auch hier im Stillen und langsam der Umbau vorbereitet, welcher in der nachclassischen Zeit mit den Formen eines neuen Baustyls hervortrat.

III.

Der Soldatenstand.

Zu § **276**] Eine der interessantesten Erscheinungen der Kaiserzeit ist der Aufwuchs des Soldatenstandes. Einen solchen hatte es — abgesehen von dem altindischen und altägyptischen Kastenwesen — überhaupt bis dahin noch nirgends gegeben; jetzt im Röm. Weltreich, getrieben durch das persönliche Interesse der Imperatoren, sowie durch das Vertheidigungsbedürfniß der gestreckten Reichsgrenzen, löste sich aus dem geschwächten Volksthum ein kräftiger Soldatenstand, der Erbe des Römerthums, ab und schuf sich eine neue imposante Welt eigenthümlicher Einrichtungen. Die Kreise der Prätorianer und der Veteranen, die Legionskörper und die Hilfstruppen, die Militärstraßen und die Standlager mit dem militärischen Reichsärar und der militärischen Würdenscala zeigen die Gliederung dieser neuen Welt, in welcher die straffe Disciplin schneller, als außerhalb, Germanen und Kelten, Hispanier und Mauretianier, Illyrier und Thraker, Syrer und Armenier zu Einer Masse zusammenschmolz. „Aufgefordert und aus eignem Antriebe läßt sich die germanische Jugend, welche daheim ihre Kampflust nicht befriedigt sieht, von den Römern anwerben; der Dienst unter einem Proconsul gilt ihr dem heimischen im Gefolge gleich. Vorzüglich drängt sich der deutsche Adel zu den Röm. Adlern und fühlt sich geschmeichelt durch die Auszeichnungen, womit der Kaiser Verdienste um Rom belohnt“ (Hoeck I. 2. S. 87). *Tac. Ann. 2, 9. 10. 58; 13, 55; Vell. Pat. 2, 118.* Durch die Reform des Augustus, welcher jeden Soldaten zu einer bestimmten Reihe von Dienstjahren (16 bez. 20?) verpflichtete, waren die bis dahin im steten Wechsel des Anwerbens und Auflösens begriffenen Legionen zu einem stehenden Heere und zugleich zu einem neuen Stande im Reiche umgeschaffen worden. Unter Tiberius gab es im Reiche 25 Legionen mit einer Truppenzahl von über 170,000 Mann, welche vorzugsweise aus den Provinzen, d. h. aus den Provinzialen der Hilfscohorten, ergänzt wurden; die Zahl der letzteren kam der der eigentlichen Legionäre ungefähr gleich. Oft wurden neu

in die Legion Aufgenommene mit der Civität beschenkt, doch war diese jetzt keineswegs mehr zum Legionsdienst nöthig, und so wurden die Legionen bald mit vielen fremden Völkerbestandtheilen dermaßen erfüllt, daß sie als der *miles peregrinus* dem Röm. Militär, d. h. den prätorianischen und städtischen Cohorten entgegengesetzt wurden. Bei außerordentlichen Ereignissen zogen die Kaiser selbst Sklaven, welche zu diesem Behufe freigelassen wurden, zum Kriegsdienst (*Sueton. Aug. 25; Dio 55, 23. 24*).

Gleichfalls von Augustus datirt die Aussonderung eines bevorzugten Gardecorps, der dem *Praefectus Praetorio* untergebenen Prätorianer, welchen neben kürzerer Dienstzeit höherer Sold bewilligt war. Diese sowohl, als auch die Stadtgarnison, welche unter dem *Praefectus Urbi* stand, wurden aus Italikern ergänzt (*Dio 53, 11; Tac. Ann. 4, 5*). Hoeck I. 2. S. 174—180; Marquardt Röm. Alterth. III. 2. S. 235 bis 279; v. Wietersheim Gesch. d. Völkerwand. I. S. 75—84. „Sejanus vermehrte die prätorianischen Cohorten und gab dem Tiberius den Gedanken, sie in dem *Castrum praetorianum*, einer Citadelle außerhalb der Mauer des Servius Tullius, zusammenzuziehen, wie die italienischen Tyrannen. Das ist das folgenreichste Ereigniß in der Kaisergeschichte; die Prätorianer wurden nun der eigentliche Souverän, wie die Janitscharen, sie bestimmen die Röm. Geschichte bis Diocletian: dadurch ward Rom eine militärische Republik, die gewöhnlich schlief bis auf die Zeiten der Thronveränderung". Niebuhr Vorträge über Röm. Gesch. *ed. Isler*, III. (1848) S. 174. Dazu Hoeck I. 3. S. 115. Vergl. dazu Marquardt Röm. Alterth. III. 2. S. 349—462.

IV.

Der Verfall des Reichs.

Zu § 277] Im zweiten Dritttheil des 3. Jahrhunderts beginnt die Zeit des entschiedenen Sinkens.* Zur Verwirrung im Innern kommen siegreiche Barbarenangriffe, namentlich ein gewaltiger der Gothen (251), von Außen; zu den politischen Usurpationen in allen Hauptprovinzen gesellt sich eine das Reich entvölkernde 15jährige Pest (252 n. Chr.). — In Maximinus (235—238) besteigt ein thrakischer Hirt, Sohn eines Gothen und einer Alanin, somit reiner Barbar, und ein solcher nicht bloß der Abstammung, sondern auch der Bildung nach, den Thron, erhoben von einer aus lauter Barbaren bestehenden Armee von der Ostgränze; er geht auf planmäßige Vernichtung des Röm. Wesens aus. Von da an erbebt das Reich unter zahlreichen und fast unaufhörlichen Soldaten- und Bauernaufständen. „Eine kurze Zeit über geht das Reich ganz aus den Fugen, und planlose Soldatenwillkür und provinziale Verzweiflung bekleidet bald da bald dort den Ersten Besten mit dem Purpur." Die östlichen Reichsländer drohen ganz abzufallen, in Gallien

*) s. oben Excurse S. 57. 58 u. Cursus § 65.

scheint sich ein transalpinisches Reich für sich bilden zu wollen; Gallienus sieht sich genöthigt, einigen der „30 Tyrannen“ Cäsaren- und Augustentitel zu ertheilen; er behauptet mit Mühe Italien für sich, und selbst die von ihm anerkannten Provinzialkaiser scheinen eigene Dynastien bilden zu wollen. Burckardt D. Zeit Constantin's d. Gr. (Basel 1853) S. 16—28. Bernhardt Polit. Gesch. d. Röm. Reichs von Valerian bis Diokletian (Berl. 1867) S. 56.

Zwar erhebt Rom noch einmal sein Haupt über die Fluten, aber sein Antlitz ist ein anderes; Illyriker besteigen den Thron, ihnen verdankt Rom die augenblickliche Rettung, aber von da an beginnt ein neuer Zug der Geschichte; die Namen Aurelian (*Restitutor Orbis*), Diocletian und Constantin drücken die stufenweise Entwicklung eines neuen orientalischen Regiments aus, durch welches das Römerthum in Schatten gestellt wird, und unter welchem die völlige sociale Umbildung der Reichsbevölkerung in Sprache und Sitte, Kunst und Recht sich vollzieht. Die Geschichte der classischen Jurisprudenz der Römer schließt mit der Mitte des 3. Jahrhunderts ab, die Geschichtschreibung wird von da an eine völlig verworrene, auch die Kunst ist im 3. u. 4. Jahrh. wie erstorben, barbarische Trachten gewinnen die Herrschaft: Römerthum und Griechenthum scheinen gleichmäßig und gleichzeitig im Abgrunde dieser Reichsverwirrung versunken zu seyn, und durch den morschen Bau der Antike beginnt nun der Hauch des Christenthums zu wehen; selbst in dem herrschenden Typus der Gesichter zeigt sich eine Veränderung (s. v. Wietersheim Gesch. d. Völkerwanderung II. S. 259ff. 280ff.; Burckhardt S. 291—7). „In der Mitte des 3. Jahrh. versank Rom schon in Allem unaufhaltsam in Barbarei, sogar die Schriftzüge in den Inschriften nehmen eine barbarische Gestalt an, die Zeilen gehen schief und krumm.“ „Sowie nun überall die Namen der Freien in Confusion kommen, so gibt es fast kein einziges Grabmal mehr von der 2. Hälfte des 3. Jahrh. an, wo Libertinen vorkommen. Die Zufuhr der Sklaven muß aufgehört und die Domesticität daher ungeheuer abgenommen, die Entwicklung des Colonats das Meiste davon verschlungen haben“ (Niebuhr Vortr. *ed. Isler*, III. S. 273. 275. 291).

„Nicht ohne schwere Unfälle hatte die Röm. Republik den Gipfel erklommen, erschütternden Gedächtnisses die Tage an der Allia und bei Cannae, auf der Höhe seiner Macht die Cimbernschlachten, und Crassus' Fall mit seinen Legionen, in der beginnenden Monarchie die Varusschlacht. Nun aber bestand diese bereits 280 Jahre lang, als zuerst ein Röm. Imperator selbst (*Decius*) mit seinem ganzen Heere im Kampfe fiel. Wachsthum wie Untergang der Völker lassen sich nicht nach festen Zeitpunkten abtheilen und messen. Unmerklich schreitet im Flusse des Werdens der Naturlauf vor- wie rückwärts. Unstreitig aber tritt die Deciusschlacht (gegen die Gothen in Mösien 251 n. Chr.) als einer der wichtigsten Wendepunkte, als ein Schlagmoment in dem Vernichtungsdrama der alten, d. i. Röm. Welt hervor. Noch stand diese hoch, beinahe unangetastet, unter Septim. Sever, selbst unter Alexan-

der ward das Reich doch nur an seinen Rändern benagt, ja durch neue Siege nach ihm, Maximin's im Westen, Gordian's im Osten, schien der Beharrungsstand wieder hergestellt, als unter Philippus die Krise eingeleitet, unter Decius vollbracht ward, von welcher ab der Rückschritt, der siegreichsten Anstrengungen großer Kaiser ohnerachtet, unaufhaltbar eintrat. Wohl darf man daher, um dem Gedächniß ein Anhalten, dem Verlangen nach systematischer Gliederung Befriedigung zu gewähren, Philippus' und Decius' Regierung als den Wendepunkt zu Rom's Untergang bezeichnen, und wenn man, was mit Genauigkeit aber unmöglich ist, eine Jahreszahl dafür fordert, das Jahr 250 dafür annehmen. Dies ist aber doch nur für das passive Röm. Element richtig, während für den Aufschwung des activen germanischen unzweifelhaft der Marcomannische Krieg (über dessen Planmäßigkeit und Gemeinsamkeit: II. S. 66ff. 77; er währte unter Marc Aurel 166—180 n. Chr.) und die Zuwanderung der Gothen den entscheidenden Anfangspunkt ihrer neuen Weltzertrümmerungsrolle bilden. Doch sind diese Ereignisse nur als Prolog des Dramas zu betrachten, dessen erster Act auch für die Germanen mit der Deciusschlacht in Scene tritt" (v. Wietersheim II. S. 256).

XXVII. Kapitel.

II. Die Reichsverfassung.

(Zu § 278-295)

I.

Das neue Principat.

Zu § 278] Im imperatorischen Principat der neuen Aera zog eine neue Grundkraft des erweiterten Reichs die Summe ihrer Impulse und Consequenzen. Dieses Principat ist als kosmopolitische Institution zu verstehen. Es ging zunächst, wenn wir die unter der Oberfläche verborgnen historischen Wurzeln verfolgen, aus den Italikern, die nicht Römer waren, hervor: wir erkennen dies aus der Geschichte der Gracchen, des Marius und Cinna (s. Mommsen R. Gesch. II. S. 310). Caesar stützte sich auf Gallien, und seit August ruhte das Kaiserthum vornehmlich auf dem Bedürfniß und Drange der Provinzen, unter denen wieder die orientalischen, überhaupt die peripherischen Provinzen am meisten dem Monarchismus Nachdruck gaben.

Wenn auch die Röm. Monarchie nie eine eigentlich dynastische (nur diese bildet überhaupt den vollendeten Gegensatz zur Republik) geworden, und dies am allerwenigsten im 1. Jahrh. gewesen ist: so lassen sich doch einige zusammenhängende Kaiserreihen unterscheiden: man nennt sie die Julier, Flavier und Antonine. Unter den Juliern kommt das Principat und mit ihm das Reich zu einer gewissen Ruhe; unter den Flaviern geschieht ein neuer Anlauf, denn es gilt

gleichsam die gewonnene Position mit einem breiten Außenwall zu umgürten; unter den Antoninen wird von Neuem eine gewisse Ruhe erlangt und das Gefühl dauernden Genusses belebt. Den Schluß dieser Periode macht die militärische Wendung des Principats unter den Severen.

Sievers (in Jahn's Jahrbb. f. Philol. u. Pädag. 1860. S. 629) sagt: „Von großer Bedeutung ist die Stelle, welche die Zeit der Flavischen Kaiser einnimmt: sie bildet den Uebergang zu einer neuen Periode des Röm. Reichs. Während derselben ist der durch die Gewandtheit des Augustus und durch seine Begünstigung der materiellen Interessen in den Hintergrund gedrängte, unter den folgenden Kaisern durch und ohne ihre Schuld wieder hervortretende Kampf zwischen der Monarchie und der senatorischen Aristokratie freilich nicht von Grund aus zur Entscheidung gebracht, aber es ist gleichsam zu einem Compromiß gekommen: der Senat hat sich in die kaiserliche Gewalt gefügt, und der Kaiser ihm dagegen eine gewisse persönliche Sicherheit zugestanden. Hierdurch war zugleich die philosophische Opposition, die bis dahin dem Kaiserthum feindlich gegenüber gestanden hatte, vorläufig ausgesöhnt. Das erste Streben nach einer solchen Ausgleichung erblicken wir in den Regierungen des Vespasian und des Titus, doch regt sich unter ihnen, wenn auch nur noch in Zuckungen, der Gegensatz: besonders während der Herrschaft des Ersteren ist noch von häufigen Verschwörungen die Rede. Der Regierungsantritt des Domitian, der nach Allem, was vorhergegangen war, gewiß unterschätzt wurde, erweckte neue Hoffnungen, und als diese nicht erfüllt wurden, die alte Feindschaft. Ein Symptom derselben, eine Verschwörung kommt zum Vorschein und treibt den Domitian zu tyrannischen Maßregeln, welche freilich ihn selbst stürzen sollten, zugleich aber der Aristokratie über die Folgen ihrer Machinationen und das Maß ihrer Kräfte die Augen werden geöffnet haben. Sie hat diese Lehre benutzt, sie hat sich mit dem, was ihr geblieben, zufrieden gegeben, sie enthält sich von nun an des Kampfes mit dem Kaiserthum, und diesem wird dadurch seine Stellung unendlich erleichtert. Daß von nun an die Herrschaft so gehandhabt werden konnte, wie es durch Nerva und seine Nachfolger geschah, ist nicht allein in dem Karakter dieser Männer begründet, sondern auch ein Ergebniß der Flavischen Zeit."

In diesem Röm. Principat gipfelt die politische Entwicklung des antiken Heidenthums: Menschen besteigen den Thron der Götter. Die Divinität der Caesaren war das Finale der alten Welt; ein Trajan und Antoninus Philosophus strebten hier nach Würdigkeit, ein Commodus, Caracalla, Heliogabalus erlangten die Würde nach ihnen. Wie ist das antike Culturleben zu solchen Consequenzen gekommen? Immer hat der alternde und abgenutzte Demokratismus einen dämonischen Zug zur Tyrannis und eine buhlerische Neigung zum aufgeklärten Despotismus. Die abstracte Freiheit beginnt in eine absolute praktische Unfreiheit umzuschlagen. Die einzelnen Individuen erscheinen als völlig

werthlos, sie verschwinden gegen die eine hervorragende Persönlichkeit, in welche „die Idee ihre ganze Fülle ausgegossen zu haben scheint." Die Heldenanbetung, der Cultus des Genius beginnt. Nach Mommsen erscheint die ganze Röm. Geschichte nur als Programm für den Cäsarismus; alles Andere ist zufällig, das Werk eines dunklen, unbewußten Drangs, erst mit ihm tritt die Vernunft in die Geschichte und faßt die Dinge mit sicherer, zu einem klar erkannten Ziele führender Hand (s. Deut. Vierteljahrsschrift, 1864. Januarheft). —

Die Namen der Principes in den juristischen Quellen, d. h. die Namen, unter denen die Constitutionen von den Juristen angeführt wurden, lassen zuweilen Zweifel über die Person zu; dies gilt namentlich von Antoninus und Severus: 1) Antoninus heißen drei Principes: a) T. Aurelius Ant. Pius (138—161); derselbe heißt, wenn er bei Lebzeiten citirt wird, Antoninus schlechthin, als Verstorbener aber Divus Pius; b) M. Aurelius Ant. Philosophus, zusammen mit seinem Bruder L. Verus 161—169, allein bis 176, mit seinem Sohne Commodus bis 180; er heißt selten Antoninus, in der Regel Marcus, nach seinem Tode Divus Marcus; er und Verus zusammen Divi Fratres; c) Antoninus Bassianus Caracalla mit seinem Vater Septimius Severus 198—211, mit seinem Bruder Geta 212, allein bis 217; er heißt in den Quellen Antoninus oder Antoninus Magnus, nach seinem Tode Divus Antoninus. 2) Severus heißen a) L. Septimius Severus 193 — 211; er wird schlechthin Severus genannt; b) M. Aurelius Severus Alexander 222—235; er heißt nie Severus allein, gewöhnlich aber bloß Alexander. Vergl. Zimmern R. Rechtsgesch. I. 1. S. 146. Puchta Cursus I. § 86.

II.

Der Princeps und die Republik.*

Zu § **278. 280. 281**] v. Wietersheim sagt in seiner ausdrucksvollen Schilderung des Verfassungslebens der ersten Kaiserzeit (Gesch. d. Völkerwanderung I. S. 39): „Was Wunder, daß Nero, nach Sueton 37, ausrufen konnte: Keiner seiner Vorgänger habe eigentlich gewußt, was ihm freistehe, und sich mit dem Gedanken beschäftigte, alle noch übrigen Senatoren umzubringen, diesen Stand ganz aufzuheben und das Reich durch Ritter und Freigelassene ganz selbständig verwalten zu lassen. Nichtsdestoweniger bestand, bis zu Diocletian wenigstens, ein mächtiger Unterschied zwischen den Kaisern Rom's und den Fürsten, selbst den kleinsten, neuerer Zeit in Sitte, Form und Meinung. Kein Geburtsadel, kein höherer Stand erhob den Herrscher über seine Unterthanen. Der erste Bürger Rom's blieb immer ein Bürger. Wenn daher Tiber (Suet. 31) die Consuln durch Aufstehen und Räumung des Wegs ehrte, so beweist schon solche Möglichkeit, wie widrig auch die Affectation des Heuchlers uns berührt, die ungeheure Verschiedenheit

*) s. oben Excurse S. 173—5.

Römischer und moderner Etiquette, wie denn auch Reden und Handlungen gegen die Kaiser berichtet werden, z. B. daß die Advocaten den Kaiser Claudius bisweilen, wenn er den Richterstuhl früher, als sie wünschten, verlassen wollte, an der Toga, ja am Fuße festhielten (Suet. 15), welche unsern modernen Begriffen von Fürstenwürde ganz unbegreiflich erscheinen. Ferner war der Kaiser durch die Bande des Bluts und der Verschwägerung, wie der Freundschaft und Geselligkeit, mit den Edlen Rom's verknüpft. Er empfing jeden solchen, der ihm früh seine Cour machte (*mane salutantes*), besuchte persönlich die Kranken und aß bei ihnen ohne Ceremoniell. Zu persönlichen Dienstleistungen hatte er nur Sklaven oder Freigelassene. Während unter den späteren Röm. Kaisern deutscher Nation Churfürsten, oft beinahe gleicher Macht mit ersteren, es als Ehre achteten, deren Marschall, Kämmerer oder Truchseß zu seyn, wagte der Herr der civilisirten Erde nicht, einen gemeinen aber freien Bürger Rom's zu seinem persönlichen Dienste zu gebrauchen."

So ist es auch schwer, das neue Staatsgebilde in kurze Worte zu fassen. Es war ein Mischtypus, der nur etwa mit dem Parlamentarismus des heutigen Englischen Staatswesens vergleichbar ist: ein Gemisch aus Republik und Monarchie, in welchem diese die Idee, jene die Form herzugeben scheint, aber so, daß jedes das andere temperirt. Der Unterschied liegt dann darin, daß die schiefe Ebene, auf welcher damals Rom sich befand, nach der absolutistischen Monarchie zuführte, während England der demokratischen Republik zustrebt und in aller Stille den republikanischen Geist Riesenfortschritte machen läßt. Auch in Rom war der Uebergang ein allmählicher und füllte Jahrhunderte aus.

Wir haben uns Augustus nicht als den Souverän zu denken, er formulirte nur den Anfang. Wo aber und wie zeigte sich dieser? Zunächst ließ sich Augustus nur zum Ober- und Generalbeamten des Reichs erheben, er erkannte noch den *populus Romanus* als den Souverän und Herrn des *Orbis Romanus* an; er verhielt sich zu diesem wie der *princeps filiusfamilias* und wie ein *suus heres ex asse*. Alle anderen Beamten erschienen nur als subordinirte und in zweite Linie gedrängte. Allein er schied überdem eine Sphäre für sich aus von derjenigen des *populus Romanus*, worin er nun *loco patrisfamilias*, d. h. wie ein *homo (regens) sui juris* und folglich einem Souverän ähnlich stand.* Also gleichwie im *peculium castrense* eine private Sondersphäre ausgeschieden wurde, so auch politisch im Bereiche der militärischen Machtvollkommenheit eine Sondersphäre eignen Hoheitsrechts: dort geschah der Privatsouveränetät des *paterfamilias in domo*, hier der Staatssouveränetät des *populus Romanus in imperio* Abbruch. Es ward eine Nebensouveränetät im Privat- und im Staatsrecht gegründet. Wie die republicanische *Provincia* (im personalen und territorialen Sinn) sich zum alten *peculium profecticium*, so verhielt sich die kaiserliche Provinzial- (Macht- und Amts-) Sphäre zum *peculium castrense;* und wie wenn der *filiusfa-*

*) s. Cursus §. 172. u. Excurse S. 174.

milias miles nicht über seinen Nachlaß verfügt hatte, derselbe *jure peculii* an den Vater heimfiel, so auch das Principat mit seinem Ressort, wenn kein Nachfolger designirt war,* gleichsam zurück in den Schoß des *Populus Romanus*, den noch *Tacitus* (*Ann. 3, 28*) *velut parens omnium* nennt, und in die Hand des Senats. Der Princeps war mithin nicht bloßer Generalmagistrat (einziger *suus* — legitimer Descendent ersten Grades), sondern zugleich anfangender, theilweiser Souverän (*loco regis*), und ward weiterhin, wie Rom als *communis patria* und *urbs regia* erschien, als *pater patriae* und *dominus Orbis* proclamirt.

Von welchem Punkte aus aber hob so der erstarkende Princeps die Welt der republikanischen Geister allmählich aus ihren Angeln? von dem Punkte der militärischen Aufgabe des Staats, als *Imperator, in castris.* Diese Militärsphäre des Princeps zeigte sich in idealer und realer Richtung (oder in personaler und territorialer Weise): a) in der Ausscheidung eines militärischen Aemterkreises; Organe der militärischen Sorge für innere und für äußere Ruhe waren der *Praefectus Urbi* und der *Praefectus praetorio* gleichsam linker und rechter Arm des Princeps, Schild und Schwert des Reichs. So hatte ja auch der Senat vormals ideale Provinzen zeitweilig ausgeschieden und errichtet; b) in der Ausscheidung eines militärischen Ländergebiets, wo die Rüstung der Imperatur allezeit blank und scharf seyn mußte. Demgemäß hatte der Princeps als Imperator (*perpetuus*) seine Aufgabe als Generalissimus des Reichs, als Feldherr sämmtlicher Armeen, und gleichsam als erster Soldat (*princeps miles*) sein abgesondertes Provinzialreich, sein *peculium castrense.* Gleichwie ein *miles* als solcher (*in castris*) nicht dem *paterfamilias*, sondern dem *Imperator* als seinem politischen Hausherrn unterworfen war, so war der *Imperator* selbst nicht dem *Populus Romanus*, sondern nur sich selbst unterworfen, und es konnte nun nicht anders seyn, als daß Etwas von der altrepublikanischen *majestas* des Jupiter Capitolinus auf seine Person überging. Die Divinität der Cäsaren war die antike Inauguration der neuen Monarchie, und den Hof um diesen Tempel bildeten die militärische Territorialität (*castra, castella, viae militares*), der Soldatenstand (*Veterani, milites, laeti*) und das Militärrecht mit seiner Centralidee: der castrensischen Persönlichkeit; die *persona militaris* war der privatrechtliche Reflex der Monarchie.**

III.

Die Kaiserfolge oder die monarchische Succession und Adoption.

Zu § **279**] „Von entscheidender Wichtigkeit für die Geschichte der Kaiserzeit, zugleich aber, weil den Fortschritt des Christenthums wenn auch erst in späterer Zeit, herrlich offenbarend, für die Geschichte der

*) s. den folg. Excurs.

**) Vergl. Cursus § 172 und Excurse S. 174.

Menschheit, war der Mangel oder vielmehr die Unmöglichkeit einer gesetzlichen und gesicherten Successionsordnung in der Monarchie. Usurpation war die Wiege, ward aber auch zugleich das Grab der Kaisermacht. Wer keinen Rechtstitel für sich hatte, als eben nur die Gewalt, mußte dem nicht die Furcht vor fremder Gewalt wie ein bleiches Gespenst immer vor der Seele stehen? Viele Hunderte wußte er von Neid und Geldgier gegen sich aufgestachelt, keiner durch die Schranke des Gewissens von Mord und Empörung abgehalten, Hunderttausende aber als Werkzeuge dafür brauchbar und leicht zu gewinnen. Selbst der gute, ja der beste Regent war zwar relativ mehr, aber keineswegs vollkommen gesichert. Wurden doch selbst Vespasian, Titus, Trajan und Marc Aurel durch Verschwörer und Rebellen bedroht, fielen doch Pertinax, Alex. Severus, der jüngere Gordian, Aurelian und Probus durch Mörderhand. So kam es denn, daß von etwa 34 Kaisern, die bis Diocletian (285 n. Chr.) regierten, 20 gewaltsamen, nur 14 natürlichen Todes oder im Kampfe gegen die Feinde starben. — Nie hat auch der besten Kaiser einer die Thronfolge durch organisches Gesetz zu regeln versucht. Einmal würde schon in der bloßen Idee einer, für immer festzustellenden, förmlichen Entäußerung der, wenn auch nur scheinbaren Volkssouveränetät etwas sehr Bedenkliches gelegen haben, dann aber wäre auch ein solches Gesetz todter Buchstabe geblieben, ohne zugleich die Macht zu dessen Handhabung zu schaffen. Wie aber diese herstellen, ohne zugleich die Kaisermacht selbst zu brechen? Verpflichtung der Heere z. B. auf den Senat, nach des Kaisers Tode, wäre entweder eine nutzlose Spielerei, ein Eidbruch mehr durch Hunderttausende, oder die Quelle noch häufigerer Bürgerkriege gewesen. Zwar hat der Senat den Schein des Wahlrechts immer behauptet, einmal sogar einmüthig und weise gewählt, aber gewiß nur, weil er eben keine Macht hatte, während mit solcher sofort Eigennutz, Zwietracht, Mißbrauch, vielleicht noch schlimmeres Uebel eingebrochen, zuletzt aber doch immer die Klügsten und Mächtigsten zur Herrschaft gelangt wären. — In der That gibt es nur Eine Macht auf Erden, welche eine ruhige Thronfolge zu sichern vermag. Es ist dies die Macht der Meinung, auf den Glauben und das hierin wurzelnde Rechts- und Sittengefühl gegründet. Das Christenthum allein, nach welchem alle Obrigkeit von Gott verordnet ist, hat den tiefen heiligen Grund dazu gelegt. Aber nicht in dem abgetragenen Boden Rom's und Byzanzes, nicht in knechtischen Seelen konnte die reine Idee der Legitimität Wurzel schlagen. Im freien germanischen Urgefühl keimend, in den Wirren des Mittelalters aufblühend, hat erst die volle Reife politischer Entwicklung das Princip der Legitimität zu einer der schönsten Früchte christlicher Civilisation, zu einer der höchsten Errungenschaften der Neuzeit erhoben. Die monarchische Staatsform hat, wir wissen es, ihre Gegner, Gottlob für Europa nur ohnmächtige, die Legitimität innerhalb der Monarchie hat deren keine. Wo, und so lange man noch, selbst im Sturme der Revolutionen, an der Monarchie überhaupt festhielt, bestand über die

gesetzliche Erbfolge in solcher kein Zweifel, an Wahlreich kein Gedanke."

„Betrachten wir nun die factische Successionsordnung im Röm. Reiche, so ergibt sich zwar, daß solche im Grundsatze eigentlich stets auf Wahl des Heeres und des Senats beruhte, und zwar so, daß ersteres, mindestens die prätorianische Garde, die factische Macht übertrug, erst der Senat aber die förmliche Bestätigung verlieh. Nach dem geschichtlichen Hergange aber läßt sich eine dreifache Art der Thronfolge annehmen:

„1. Die erbliche, die, wie überall, selbst in Wahlreichen, auch im Römischen, in der Natur der Verhältnisse mächtige Begründung fand (nicht ganz richtig Marquardt Röm. Alterth. II. 3. S. 302). Man kann diese daher, wenn der Kaiser einen Sohn oder nahen Erben hinterließ, für die herrschende annehmen.

„2. Inmitten dieser Zeit indeß hatte schon Galba versucht, was von Nerva bis zu Antoninus Pius zum Heile der Menschheit über 80 Jahre lang ausgeführt ward, die Adoptivfolge einzuführen, welche den doppelten Vortheil gewährte, nicht allein den Tauglichsten zu wählen, sondern auch dem Thronfolger bei Lebzeiten des Kaisers schon Anerkenntniß und Gehorsam des Heeres zu sichern. „Von fürstlichen Eltern gezeugt und geboren werden, ist Zufall, in der Adoption selbständiges Urtheil, und die Auswahl bewährt sich durch die Zustimmung," sprach Galba im Senat (*Tac. Hist. I, 16*); treffend für eine Zeit, welcher der tiefe Grund und Sinn der Legitimität noch nicht aufgegangen war. Adoption und die spätere Annahme eines oder mehrerer Cäsare, als Regierungsgehilfen, war daher unstreitig die richtigste und segensreichste Art der Thronfolge, freilich aber nur durch selbst gute Kaiser möglich, weil der Tyrann solche gefürchtet, oder bei schlechter Wahl der Thronfolger nur den Sturz des Kaisers getheilt hätte.

„Wo nun aber weder Erbanspruch, noch Adoption entschied, trat 3. reine Wahl ein. Von einer legalen, durch den Senat allein, findet sich indeß nur das einzige Beispiel des Kaisers Tacitus (275—276), der würdig, aber so hoch bejahrt war, daß er seine Ernennung nur wenig überlebte. Daß nun in der Regel die Armee wählte, war an sich nicht so verwerflich, als es scheinen möchte, nicht nur weil das Volk unter den Waffen der einzige versammelte und geschlossene Theil der Nation, würdiger immer noch, als der Pöbel Rom's, und die Idee einer wirklichen geordneten Volksvertretung der alten Welt überhaupt noch nicht aufgegangen war, sondern auch, und das ist die Hauptsache, weil der Kaiser, mindestens von Commodus an, vor Allem Feldherr seyn mußte, zur Wahl eines solchen aber das Heer am befähigtsten erschien. Das Schlimmste war dabei der Mangel an Eintracht unter den Heeren, daher nicht selten so viel Kaiser, als Heere, und Bürgerkrieg unter solchen. Aber gerade darin offenbarte sich dann oft, wie durch Gottesgericht, die Tüchtigkeit; aus derartigen Kämpfen sind daher auch mehrfach ausgezeichnete Kaiser, wie Vespasian, Sept. Severus, Diocletian

und Constantin d. Gr., hervorgegangen. Am scheußlichsten der Entscheid durch die Prätorianer allein, weil diese nur die Verderbniß des Röm. Volks, nicht aber auch die Beschwerden, Gefahren und Blutkämpfe der Krieger theilten — die Spitze der Niederträchtigkeit — der öffentliche Verkauf des Thrones an den meistbietenden Julian, nach des edlen Pertinax Ermordung.

„Immer aber blieb bei Wahl, wie bei Adoption, im Gegensatze zur erblichen Thronfolge, der große Vorzug, daß Männer berufen wurden, welche nicht in der Pestluft der Schmeichelei, sondern umgekehrt im Abscheu der Tyrannei, deren Druck sie vorher selbst empfunden, groß gezogen waren. Betrachten wir dagegen den Thronerben. Hätte er nicht mehr als Mensch seyn müssen, um in dieser Zeit tiefster Verderbniß — der niedrigsten Schmeichelei, der raffinirtesten Verführung, den lockendsten Genüssen jeder Art fortwährend ausgesetzt — dennoch gut und rein zu bleiben? Daher waren denn auch die Adoptivkaiser die besten, die gewählten in der Regel die nächstguten, die Erbkaiser aber entschieden die schlechtesten, wie denn unter 10, bis mit Gallien (270), als Söhne oder Anverwandte berufenen, Titus allein, der aber bei des Vaters Thronbesteigung schon erwachsen war, vor Allem auch nur 2 Jahre lang regierte, den guten beigezählt werden kann." (v. Wietersheim, Gesch. d. Völkerwand. I. S. 39—41. 42—44).

Inwiefern unter diesen staatsrechtlichen Figuren die s. g. „*adoptio regia*" die am meisten für das Röm. Recht karakteristische ist, hat Ihering (Geist d. R. R. III. S. 282—4) treffend ausgeführt. Er sagt über „die Adoption als Form der Ernennung des Thronfolgers": „Unter den ersten Kaisern eine wirkliche Adoption, die dem Adoptirten ganz die Stellung eines Hauskindes anwies (*Suet. Tib. 15; Galba* bei *Tacit. 1, 15*), ward sie nach und nach eine reine Form für die angegebenen Zwecke, deren Unterschied von der ächten Adoption ein Zeugniß aus der Zeit Diocletian's als einen ganz bekannten voraussetzt (*Spartian. Ael. Ver. 1*) ... Es waren Verabredungen rein politischer Art, bei denen die Adoption nur den Namen hergab, um die Reihe der Regierungsnachfolger zu bestimmen, ohne daß man ihr auf die Privatverhältnisse weder einen hinderlichen noch förderlichen Einfluß eingeräumt hätte (*Capitol. Pius 12*). Es war ein neuer Begriff: die *adoptio regia* (so bezeichnet sie *Capitol. Ant. Phil. 5*), bei der daher auch die alten Formen bald anderen Platz machten ... Im 3. Jahrhundert fiel endlich selbst die formelle Anknüpfung an die Adoption hinweg. Die Ernennung erfolgte durch Patent, welches den Titel eines Cäsar verlieh (*donatio Caesariani nominis: Capit. Clod. Albin. 2. 3*)." — Vergl. auch Puchta Cursus I. § 88 a. E. u. Walter R. Rechtsgesch. I. § 272. Anm. 33.

In diesem Vorherrschen der Successionsanordnung durch Adoptivernennung des Cäsar zeigt sich ein Röm. Grundzug, welchem im Privatrecht analog ist, daß die Erbfolge vornehmlich auf die Omnipotenz des Willens des *paterfamilias* gegründet ward.* Die Legalfolge oder

*) Vergl. Kuntze Cursus § 131. 196. u. Ders. Ueber den *mos Civitatis* etc. in der Münchener krit. Vierteljahrschr. IX. S. 550.

Intestaterbordnung war bei den Römern wie im Privat-, so auch im Staatsrecht dürftig und unvollkommen entwickelt, das Testament, bez. die *adoptio regia* blieb der eigentliche Muster- und Normalfall: nur so ist die publicistische, wie die civilistische Universalsuccession des Röm. Rechts zu verstehen. Jene Adoptivernennung des Nachfolgers (Cäsar) war gewissermaßen eine Fortbildung der in der Ernennung des *Princeps Juventutis* eingeleiteten Idee, und der Uebergang aus der hausangelegenheitlichen Adoption in den staatsrechtlichen Act der Thronfolgebestimmung hat seine Parallele in der Entwicklung des Fiscus.

IV.

Die *lex regia de imperio.*

Zu § **281**] Die verschiedenen sich im Principat sammelnden Gewalten wurden anfangs von den Principes successiv übernommen, später aber ihnen durch einen Generalact übertragen. Dies geschah auf Senatsantrag; das *Sctum* ward dann in Form eines Volksschlusses gebracht und hieß danach *Lex de imperio* (*Gai. 1, 5; Dio Cass. 53, 32*), später auch *Lex regia* (*fr. 1. D. de const. princ. 1, 4; l. 1. § 7. C. de vet. jure enucl. 1, 17; § 6. J. de jure nat. 1. 2*). Die von Niebuhr (R. Gesch. I. S. 380) aufgestellte Ansicht, daß jene *Lex* in Zusammenhang mit der alten *lex curiata de imperio** stehe, ist nicht haltbar (Walter Röm. Rechtsgesch. I. § 273 a. E. u. Marquardt Röm. Alterth. II. 3. S. 210.). „Von der *lex de imperio Vespasiani* ist ein beträchtliches Bruchstück im 14. Jahrhundert in Rom gefunden worden, wo es noch jetzt sich befindet. Darin wird dem Vespasian das Recht gegeben, Bündnisse zu schließen, *Scta* zu veranlassen, Personen zu obrigkeitlichen Würden dem Senat und Volk vorzuschlagen, das Pomörium zu erweitern, Verordnungen mit Gesetzeskraft zu erlassen,** alles dieses, wie es August, Tiberius, Claudius gehabt haben; von denselben *Leges* und *Plebiscita*, von denen diese befreit waren, soll auch er entbunden seyn; was er bisher schon verfügt hat, soll so giltig seyn, als wenn es auf Befehl des Volks geschehen wäre. Endlich was Jemand kraft dieses Gesetzes, wenngleich gegen andere Gesetze, thut oder unterläßt, das soll ihm auf keine Weise zum Nachtheil gereichen." Puchta Cursus I. § 87.

„Als den Endpunkt der Geschichte der legislativen Competenz der Comitien kann man die *lex regia de imperio* betrachten, durch welche die Kaiser die verschiedenen Gewalten in Einem Acte erhielten: ein Gesetz, in welchem eben auch die gesetzgebende Gewalt des Volks dem Kaiser formell übertragen wurde. Es ist bemerkenswerth, daß somit die gesetzgebende Gewalt des Volks nach vollendetem Kreislaufe gleichsam zu ihrem Ursprung zurückkehrt. Denn die *lex regia de imperio* ist zwar nicht die *lex curiata de imperio,* wie überhaupt keine *lex curiata,*

*) s. Cursus § 62. **) s. Cursus § 304. 308.

aber doch ein unter gänzlich veränderten Verhältnissen, die nur in der Thatsache der Monarchie übereinstimmen, entstandenes Nachbild derselben. In der *lex curiata de imperio* der Königszeit verzichteten die *patresfamilias* auf ihre familienrechtliche Souveränetät, und eben dieser Verzicht war der Keim der Volkssouveränetät; in der *lex regia de imperio* verzichtete das theoretisch noch immer souveräne Volk der Tributcomitien auf die Ausübung seiner Souveränetät. Da sich das Volk gerade durch die Annahme der *lex regia* seiner legislativen Gewalt begab, so ist es natürlich, daß die Kaiser mit der Erstarkung der monarchischen Regierungsform sich sehr bald über die Mitwirkung des Volks bei diesem Acte hinwegsetzten und, während die *lex de imperio Vesp.* sich selbst als *lex rogata* bezeichnet, sich mit dem *Sctum* über die *lex regia* begnügten.“ Lange Röm. Alterth. II. S. 617.

Wir treffen auch hier auf ein unsrem monarchischen Rechtsbewußtseyn entgegengesetztes Moment. Schon der altrömische König war nicht im vollen Sinn und kraft eignen Rechts Souverän, sondern die Familienhäupter galten ursprünglich als die von selbst (von Gott?) gesetzten Organe der obrigkeitlichen Gewalt und ihr Wille als die Quelle des *Imperium* d. h. des Zwangsgebots; so war die Staatsmacht ein Vertrag der Organe der Familienordnung. Aber je mehr die Familienordnung in den Hintergrund trat und sich in den selbstherrlichen Willen der einzelnen Bürger (*patresfamilias* im spätern privatrechtlichen Sinn) auflöste, um so entschiedener trat der Demokratismus hervor. Zuletzt läßt sich aber der Princeps, als die bürgerliche Gesellschaft sich völlig in Atome aufgelöst hatte, die obrigkeitliche Gesammtgewalt übertragen, der Art, daß, insoweit nicht dabei sein castrensisches Imperatorenamt in Frage kam, es der *concessio liberae administrationis* bei dem *peculium profecticium* verglichen werden könnte. Noch gilt *de jure* der *populus Romanus*, gleichsam die Eine große Familie, als Träger der Souveränetät, aber indem der Souverän auf fernere Ausübung seiner Souveränetät verzichtet, und der *Princeps* als *Pater patriae* proclamirt wird, ist dieser nun endgiltiges Organ der obrigkeitlichen Machtfülle, und es bereitet sich die Idee vor, daß der Monarch auch Quelle dieser Machtfülle seyn könne. Zur Vollständigkeit dieser Idee hat es freilich das Alterthum nie gebracht, und auch die Ausdrücke *regia Urbs*, *regia lex*, *regia adoptio* und *Praefectus Aegypti vice regis* enthalten das nicht; erst auf dem Boden christlich-germanischer Sitte* und nur in der Gestalt des dynastischen Königthums konnte jene Idee wirklich reifen. Bemerkenswerth aber bleibt, wie das Rechtsbewußtseyn der Röm. Kaiserzeit, anknüpfend an die Idee der demokratischen Souveränetät, anderseits die Thronfolge fast patriarchalisch-absolutistisch gestaltete. Soviel dem Princeps genetisch abging, war ihm dispositiv hinzugethan, indem so der Seele des Monarchismus eine aushilfsweise Gewähr der Dauer gewonnen schien. Der Princeps vereinigte nicht nur in sich eine größere Fülle von Souverä-

*) s. oben Excurs I.

netätsrechten, als der alte *Rex* in der kargen Figuration des damaligen Staatsrechts,* sondern erfreute sich auch legitim jenes Rechts der Thronfolgebestimmung, welches die *regia tyrannis* der zweiten Königsfolge** usurpirte und nicht behaupten konnte. So war das Principat nicht eine eigentliche Rückkehr zum Monarchismus der Königszeit und eine bloße Wiederaufnahme der alten Verfassungsidee, sondern deren Weiterbildung und Fortsetzung in der Richtung des wahren monarchischen Princips, welches im Regenten nicht bloß Organ, sondern Fülle und Quelle der Staatsgewalt sieht. Es fehlte nur noch die staatsrechtliche Idee der Dynastie, d. h. die Umbildung der letztwilligen in die familienmäßige (legale) Thronfolge. Zur Superiorität des Intestatprincips aber konnte es der heidnische Geist des Alterthums, welcher nicht die Gottheit als wahre Quelle nahm, nimmer bringen. So ist jene *Adoptio regia* auf dem Untergrund der *lex regia de imperio* die letzte große staatsrechtliche Ideenschöpfung des Alterthums.

V.

Der Reichscensus.

Zu § **280** u. **289**] „Die unerwarteten Hilfsquellen, welche sich den Römern durch die Eroberungen der Provinzen eröffneten, veränderten vollständig die Grundlage der früheren staatswirthschaftlichen Einrichtungen. Nach der Eroberung Macedoniens wurde im Jahre 167 v. Chr. das *tributum* für immer aufgehoben (*Plin. H. N. 33, 3. § 56*). Es sind zwar später, namentlich während des Triumvirats i. J. 43, willkürliche Auflagen nach Art des alten *tributum temerarium* gemacht worden, allein theils trafen diese nicht die Bürger ausschließlich, theils lag dabei ein Census nicht zu Grunde, da dieser seit dem Jahre 70 nicht gehalten war. Während der Kaiserzeit ist das alte *tributum* in Italien nicht gezahlt worden (s. Huschke Ueb. d. Census d. Kaiserzeit S. 70—75); erst Diocletian und Maximian führten das Provinzialtributum in Italien ein (v. Savigny Verm. Schr. II. S. 109ff.). Nach dem Jahre 167 waren somit die Röm. Bürger von directen Steuern frei, und seit 89 erstreckte sich diese Steuerfreiheit auf ganz Italien. Einer der Hauptzwecke des Census, die Feststellung des Vermögens der Röm. Bürger, war dadurch aufgehoben, und als mit dem Beginn der Kaiserzeit auch die Volksversammlungen aufhörten, deren Organisation noch immer auf den Censuslisten beruht hatte, so behielt das ohnehin in seinem Princip wesentlich veränderte Institut des Census in Beziehung auf die Röm. Bürgerschaft nur noch eine untergeordnete Bedeutung. Augustus ließ im Jahre 3 n. Chr. nur diejenigen Bürger dem Census unterwerfen, welche 200,000 Sest. oder darüber besaßen (*Dio Cass. 55, 13*), weil von diesem Vermögen der Eintritt in die 4. Richterdecurie und von dem höheren die Aufnahme in den *ordo equester* und *senato-*

*) s. oben Excurse S. 50ff. 75ff. **) s. Excurse S. 54.

rius abhing; auch mag für die später von ihm eingeführte Erbschaftssteuer der Census die Grundlage gebildet haben (Huschke a. a. O. S. 75ff.)." Marquardt Röm. Alterth. III. 2. S. 136.

„Die Republik endete mit einer vollkommenen Erschöpfung der finanziellen Mittel des Staats. Schon Cäsar hatte bei dem Beginn des Bürgerkriegs die Staatscasse bis auf den letzten Bestand in Anspruch genommen. Als nach seinem Tode der Krieg auf's Neue entbrannte, sahen beide kämpfende Parteien sich genöthigt, sowohl in Italien durch die unerhörtesten Auflagen Geld zusammenzubringen, als auch die Provinzen durch die unglaublichsten Contributionen zu ruiniren. In Asien brach in Folge dessen ein allgemeiner Bankrott aus, und die schon vorher drückende Verschuldung der Provinzialen stieg auf das Aeußerste (s. Marquardt III. 1. S. 291), während das Aerarium zuweilen aller Mittel beraubt war (s. Bachofen Ausgew. Lehren des Röm. Civilr. S. 331). Dabei vergrößerten sich die Ausgaben im Anfange der Kaiserzeit namentlich durch den Aufwand für das Heer, das theilweise entlassen und versorgt, theilweise erhalten und bezahlt werden mußte, da auf ihm die Sicherheit der neugegründeten Monarchie beruhte. Eine Steigerung der (Provinzial) Abgaben war unter den damaligen Verhältnissen unmöglich; es mußte vielmehr eine gerechtere und gleichmäßigere Vertheilung der Staatslasten bewirkt werden, bei welcher der Wohlstand der Provinzen wieder gehoben, und auch die Röm. Bürgerschaft wieder in Anspruch genommen werden konnte. Augustus löste diese Aufgabe, und wie er der ganzen Verwaltung eine neue Organisation gab, so hat er auch für das Abgabenwesen eine neue Grundlage geschaffen (s. Huschke Ueb. den zur Zeit der Geburt Jesu Christi gehaltenen Census; 1840. Petersen Die Kosmographie des Augustus und die Commentarien des Agrippa, im Rhein. Mus. f. Philol. 1852. S. 161—210) und zuerst einen festen Etat für die Einnahmen und Ausgaben des Staats aufgestellt, den er am Ende seiner Regierung in dem von ihm abgefaßten *Rationarium* oder *Breviarum imperii* den Behörden und dem Senat vorlegte (Böcking Ueb. d. *notitia dignitatum*, 1834. S. 77ff.). Die Grundlage war ein allgemeiner Reichscensus nach einem neuen Princip. Ihm ging voran eine statistische Aufnahme des ganzen Reichs in dreierlei Beziehung, nämlich 1) eine geographische Vermessung, 2) eine Ackervermessung und 3) eine Zählung sämmtlicher Einwohner des Reichs. Die geographische Vermessung geschah unter der Aufsicht des Agrippa (Frandsen, M. Vipsanius Agrippa, Eine hist. Unters. 1836. S. 183ff.). Nach ihnen wurde in der *Porticus Vipsania* eine Weltkarte entworfen, welche wahrscheinlich wenigstens mittelbar in der *Tabula Peutingeriana* und dem *Itinerarium Antonini* zu Grunde liegt (Ritschl D. Vermessung d. Röm. Reichs im Rhein. Mus. f. Philol. 1842. S. 481—523)." Marquardt a. a. O. S. 163. 164.

„Der Reichscensus war ein durchaus neues Institut, welches erst möglich wurde, nachdem der Unterschied des herrschenden Röm. Volks und der unterworfenen Bevölkerung der Provinzen durch die Unter-

ordnung beider unter ein gemeinsames Oberhaupt aufgehoben und das Reich zu einem organischen Ganzen vereinigt war. Er beruhte nicht auf einem religiösen, den Römern eigenthümlichen Elemente, wie die alte Censur; er hatte nichts zu thun mit der *praefectura morum*, die sich schon am Ende der Republik von der Censur gesondert hatte; er hatte nicht den Zweck, die politischen Rechte der Bürger festzustellen, sondern er war im Allgemeinen eine Uebertragung des in den Provinzen eingeführten Censusverfahrens auf das ganze Reich und wurde von dem Kaiser vermöge seines *imperium proconsulare* in demselben abgehalten, zum Theil, und namentlich in den Provinzen des Volks durch die Statthalter, in den kaiserlichen Provinzen auch durch eigne Beamte (*censitores*). Die neuen Censusregister wurden nicht mehr, wie ehedem, für die einzelnen Communen unabhängig von einander geführt, sondern umfaßten die ganze Provinz und wurden in Rom deponirt. Der Zweck des Reichscensus war ausschließlich die Feststellung des Vermögens der Unterthanen und ihrer danach zu zahlenden Abgaben. Auch hierin aber wurde ein neues Princip befolgt. Sowohl der alte Census der Röm. Bürger war ein persönlicher gewesen, als auch die Provinzialsteuer (*stipendium*) eine persönliche Abgabe. Die Römer hatten sich in Rom zum Census zu stellen und dort ihr Eigenthum, auch wenn dieses außerhalb Italien lag, angeben müssen; erst am Ende der Republik war dieser Grundsatz nicht mehr beobachtet worden; unter den Kaisern ist er gar nicht mehr in Geltung. Damals censirte man nach Ländern, Jeden da, wo er sein Eigenthum hatte, und die Eintheilungen Italiens in Regionen ist zu diesem Zweck von Augustus gemacht worden. Die Bedeutung dieses territorialen Census liegt darin, daß die Grundstücke in ihm als selbständige Bestandtheile des Staats angesehen werden, und der Census von dem Grundstücke, nicht von der Person erhoben wurde. Da es nämlich nunmehr nur auf die Leistungen der Unterthanen an den Staat, nicht auf die Berechtigung desselben im Staate ankam, so ist sein Eigenthum, namentlich in liegenden Gründen, das eigentliche und alleinige Object des Census (s. Huschke, Ueber den Census und die Steuerverfass. der früh. Kaiserzeit. Berl. 1847. S. 60. 62. 88. Marquardt III. 1. S. 56. Walter Röm. R.-Gesch. I. § 323—6). Aus dem territorialen Princip des neuen Census ergab sich ferner eine Trennung der bisher üblichen Vermögenssteuer in zwei verschiedene Abgaben, nämlich eine Grundsteuer (*tributum soli*), welche allein auf den Landbesitzern lastete und die Hauptrevenue des Reichs während der Kaiserzeit blieb, und eine Steuer derjenigen, die ohne Grundbesitz waren (*tributum capitis*, Kopfsteuer), die als eine Ergänzung der erstgenannten Hauptaufgabe zu betrachten ist (*fr. 8. § 7. D. de censib. 50, 15*). Die Grundbesitzer (*possessores*) bilden seitdem einen eigenen Stand, welcher, wie er hauptsächlich belastet war, so auch mit besonderen Vorrechten ausgestattet wurde (s. v. Savigny Verm. Schr. II. S. 37)."

„Das neue Censusverfahren erstreckte sich über Italien und die

Provinzen, zu welchen letzteren in dieser Beziehung auch die *liberae civitates*, insofern sie nicht ein besonderes Privilegium der Immunität genossen, und die abhängigen Königreiche gehörten. So wie die Römer die Verfassung dieser Staaten selbst feststellten, so führten sie in ihnen auch den Census ein, welchem die Provinz unterworfen war, damit nach ihm, wenn gleich durch einheimische Beamte, das *tributum* gleichmäßig erhoben werden konnte; und dies war in den Königreichen um so nöthiger, da dieselben doppelt belastet waren durch die Steuern an die Römer und die daneben erforderliche Unterhaltung eigener Könige. In Beziehung auf die Abgaben aber, die auf dem Census basirt waren, dauerte auch in dieser Periode der Unterschied Italiens und der Provinzen fort. Die Röm. Bürger wurden zwar in derselben einer Besteuerung unterworfen, aber der italische Boden blieb steuerfrei, bis zu Ende der Periode, wo die Vollendung der Monarchie auch die Gleichstellung Italiens und der Provinzen vollständig machte und Italien dem Provinzialtributum unterwarf." (v. Savigny Verm. Schr. II. S. 105. 151 ff. Huschke a. a. O. S. 72 ff.). Marquardt III. 2. S. 171—175.

„Die neuen Arten von Abgaben, welche Augustus einführte, trafen vorzugsweise die Römer. Um den erhöhten Bedürfnissen des Militärwesens zu genügen, verordnete der Machthaber gleich nach den Bürgerkriegen die Abgabe eines Procents von allen in Rom und Italien zum Verkauf gebrachten Gegenständen (*centesima rerum venalium: Tac. Ann. 1, 78*). Der Handel mit Sklaven war höher besteuert. Augustus führte die Abgabe von 2 Procent vom Werth des Sklaven ein, welche später auf 4 Proc. erhöht wurde (*Dio C. 55, 31*; *vectigal quintae et vicesimae venalium mancipiorum*). Noch ergiebiger war die Erbschaftssteuer, welche der Oberherr einführte (*vicesima hereditatum et legatorum*)." Hoeck Röm. Gesch. I. 2. S. 291. Dazu Marquardt III. 2. S. 210.

Schon früher soll eine solche Erbschaftssteuer angeordnet gewesen seyn (s. Bachofen d. *lex Voconia*. 1843. S. 121. Dagegen Huschke Cens. d. Kaiserzeit S. 74). „Daß aber das Augusteische Gesetz als eine neue Auflage betrachtet wurde, zeigt der Widerstand, den dasselbe bei seiner Einführung fand, und den Augustus nur durch die Drohung, das *tributum soli* auch in Italien einzuführen, besiegte. Aus dieser Drohung sieht man, daß der Kaiser die Erbschaftssteuer als ein Aequivalent für die Grundsteuer betrachtete. Dies neue Gesetz verordnete, daß der Röm. Bürger (nur solcher: *Plin. Panegyr. 37—39*) von jeder ihm zufallenden Erbschaft, ebenso von jedem Vermächtniß 5 Procent an den Staat abzugeben hatte. Frei von der Abgabe sind indessen die nächsten Blutsverwandten, und die Erbschaften unter 100.000 Sest. (s. Bachofen S. 340). Die Steuer traf also ausschließlich die Begüterten und nahm zum 1. Mal die ungeheuren Reichthümer in Anspruch, welche sich während der Kaiserzeit in den Röm. Familien angehäuft hatten. Gibbon (c. 6 a. E.; dazu Bachofen S. 330) berechnet, daß in zwei bis drei Generationen das gesammte Vermögen der Privaten durch den

Staatsschatz ging. Unter Caracalla wurde die Erbschaftssteuer nicht nur vorübergehend um das Doppelte erhöht, sondern auch, um die ganze Einwohnerschaft des Röm. Reichs dazu heranzuziehen, das Bürgerrecht an alle Bewohner der Provinzen verliehen, welche nunmehr neben dem Provinzialtributum auch die Erbschaftssteuer entrichteten" (wahrscheinlich aber mit Ausschluß des schon dem *tributum* unterworfnen Grundbesitzes). Marquardt III. 2. S. 195. 196.

Eine besondere Einnahmequelle bildeten endlich noch die verschiedenen Arten von Strafgeldern, die wegen Majestätsverbrechen confiscirten, wegen Unwürdigkeit entrissenen, wegen Erblosigkeit vacanten und unter dem Titel der Caducität eingezogenen Güter: ebensoviele Verwaltungszweige unter besonderen Beamten. Vergl. Marquardt a. a. O. S. 211.

VI.

Aegypten.

Zu § **293**] „Die Provinz Aegypten beginnt ihre Geschichte mit der Eroberung Alexandria's den 1. August 30 v. Chr. In Hinsicht auf die Verwaltung hat sie vielfach Eigenthümliches, welches theils in den Bodenverhältnissen, theils in dem Karakter der Einwohner, theils in der Administration der Ptolemäischen Zeit, welche man im Ganzen beibehielt, endlich in der politischen Wichtigkeit des Landes, seine Erklärung findet. Aegypten war ein dicht bevölkertes Land (7—8 Mill. Einwohner), die Aegypter entsittlicht, hartnäckig, kriechend und unzuverlässig. Nirgends läßt sich das Geschick, mit welchem die Römer ganz disparate Nationalitäten sich zu unterwerfen wußten, deutlicher nachweisen als hier. Officielle Sprache blieb die von den Ptolemäern eingeführte griechische, der gesammten Administration aber wurden die bestehenden Einrichtungen der Ptolomäer fast durchgängig zu zu Grunde gelegt, und an die Spitze derselben ein Vicekönig gestellt (*Tac. Hist. 1, 11: equites obtinent vice regum*), der ohne die Insignien der Röm. Magistrate und unmittelbar dem Kaiser untergeben auf die alten königl. Privateinkünfte angewiesen, auch in Hinsicht auf alle gebräuchlichen Ceremonien die Stelle des Königs einnahm." Hierzu veranlaßte den Augustus namentlich „die politische Wichtigkeit der Provinz, deren Getreideproduction für die Röm. Bevölkerung seit dieser Zeit unentbehrlich war, und deren strategisch gesicherte Lage im Fall der Auflehnung eines Statthalters für die Sicherheit der Kaiserherrschaft selbst gefährlich werden konnte (*Tac. Ann. 2, 59*). Augustus nahm daher Aegypten als seine Domäne in Besitz (*„reposuit et domi retinuit" Tac.*), verbot den Senatoren und *Equites illustres*, dasselbe überhaupt zu betreten, und machte zum Vicekönig desselben einen Ritter, der im Verhältniß zu ihm als *procurator* zu betrachten ist, weil er aber eine höhere Stellung als die gewöhnlichen Procuratoren einnahm, und wie die Statthalter der größeren Provinzen ein Heer (3 Legionen) unter sich hatte,

den Titel *praefectus Aegypti*, später *Augustalis*, und ein *imperium ad similitudinem proconsulis*, d. h. die Vollmacht eines Provinzialstatthalters ohne dessen äußere Ausstattung und ohne *fasces* erhielt. Sein Beamtenpersonal besteht aus Freigelassenen des Kaisers."

„Die zweite Eigenthümlichkeit war, daß das Land nicht, wie Italien und die meisten Provinzen, in eine Anzahl neben einander bestehender Communalverbände und städtischen Territorien zerfiel, deren Administration von städtischen Senaten und Behörden ausging, sondern zum Zwecke einer centralisirten Verwaltung in Theile zerlegt war, welche einander untergeordnet, von Beamten verschiedner Rangstufen regiert wurden. Es gab in Aegypten 3 große Bezirke (*Epistrategien*): Oberägypten (*Thebais*), Mittelägypten (*Heptanomis*) und Unterägypten. Jeder derselben war getheilt in *Nomen*, die Nomen in *Toparchien*, diese in κῶμαι und τόποι, in welchen das Land genau nach ἄρουραι vermessen war. Die großen Bezirke standen jeder unter einem ἐπιστράτηγος, der ein Römer war." „Von dieser Verwaltung des Landes waren die griechischen Städte, namentlich Alexandria, Ptolemais und Antinoe ausgenommen, welche nicht unter der Regierung der Beamten des *Nomos* standen, sondern eine griechische Communalverfassung hatten." „Auch Alexandria hatte unter den Ptolemäern eine Eintheilung in Phylen und Demen; aus ihnen war ohne Zweifel eine βουλή gebildet, welche Augustus nach der Eroberung der Stadt auflöste. Mit dieser Auflösung hängt wahrscheinlich die Einsetzung einer besonderen und viel besprochenen Behörde, des *Juridicus Alexandriae*, zusammen. Denn daß derselbe einige Male auch *Juridicus Aegypti* genannt wird, und daß in späterer Zeit *Juridici provinciarum* mehrfach vorkommen, beweist noch nicht, was man mehrfach angenommen hat, daß er eine Gerichtsbarkeit in ganz Aegypten ausgeübt habe. Dies ist um so unwahrscheinlicher, da die höchste Gerichtsbarkeit in Händen der Präfecten, die niedere aber in Händen der Ortsbehörden war (s. Ritter i. d. Vorr. zum Gothofred. *Cod. Theod.* Thl. V.). Vielmehr hat der *Juridicus* eine Analogie in den *praefectis juri dicundo*, wie sie in alter Zeit theils in eroberten italischen Städten vorkommen, deren Senat ebenfalls aufgelöst wurde, theils in den alten italischen Colonien, in welchen außer der Röm. Ansiedlung noch eine ursprüngliche Einwohnerschaft fortbestand, die zur Gemeinde nicht mit gehörte."

„Die Augusteische Organisation Aegyptens erhielt sich bis auf Diocletian. Die Nomeneintheilung dauerte indeß bis in das 7. Jahrhundert v. Chr." Vergl. Franz *Corp. Inscript. Gr. Vol. III. fasc. 2.* p. 322 *sq.* Kuhn d. städt. u. bürg. Verfass. des Röm. Reichs, II. S. 476 ff.

Es ergibt sich aus dieser Darstellung, wie das Karakteristische der Ausnahmestellung Aegyptens im Röm. Reichsorganismus, der durch und durch städtisches Gepräge trug, in der Beibehaltung des territorialen oder ländlichen Gepräges bestand: eine Concession des politischen Occidentalismus an den Orient, der in Aegypten seine höchste politische Leistung besaß.

VII.
Die Colonien.

Zu § 294] „Was zuerst die äußeren Verhältnisse betrifft, so unterscheiden sich die s. g. Bürgercolonien der 1. Periode von den Militärcolonien der letzten nicht, wie man aus dem Namen schließen möchte, durch die Art der Colonisten — denn einerseits hatten auch die alten Colonien rein militärische Zwecke und dienten gleichfalls zur Versorgung ausgedienter Soldaten, anderseits sind nicht nur die Soldaten der Kaiserzeit Bürger, sondern es sind auch die Colonien dieser Periode zur Versorgung der städtischen Plebs, wie früher, angewendet worden — sie unterscheiden sich ferner nicht durch den Ritus der Ausführung, welcher im Ganzen unverändert blieb, sondern ausschließlich durch die Personen, durch welche die Deduction verfügt und vollzogen wurde. Die älteren Colonien wurden auf Antrag eines Consuls oder Tribunen und auf Grund eines *Sctum*, in welchem die Zahl der Colonisten, die Landanweisung und die Behörde, welche die Anlage ausführen sollte, bestimmt war, durch einen Volksbeschluß (*lex colonica*) angeordnet, und die Wahl der Commission, welcher dieser Auftrag gegeben wurde, und welche gewöhnlich aus 3 Personen (*triumviri coloniae deducendae agroque dividundo*) bestand, ebenfalls vom Volke in Tributcomitien vorgenommen. Die Commission empfing durch eine *lex curiata* das *imperium* für die Dauer des Geschäfts, namentlich das Recht, zu entscheiden, was als *ager privatus* anzuerkennen oder als *ager publicus* in Anspruch zu nehmen sei. Die Mitglieder der Commission blieben auch nach Vollendung der Deduction als *Patroni* der Colonie in dauernder Beziehung zu derselben (*Cic. pr. Sull. 21*). Die Militärcolonien der Kaiserzeit sind dagegen ohne Mitwirkung des Volks durch den Imperator auf Grund seines *imperium* angeordnet, und nicht durch eine gewählte Commission, sondern durch einen Legaten des Kaisers ausgeführt, so daß die militärische Organisation des ganzen Beamtenwesens, welche die Monarchie mit sich brachte, auch in diesem Zweige der Verwaltung erkennbar ist. Dieses neue Verfahren bei der Assignation der Ländereien ist aber ebensowenig plötzlich entstanden, als die Monarchie selbst; Sulla, der als Begründer der Militärcolonien zu betrachten ist, ließ sich die Vollmacht zur Gründung seiner Colonien noch durch die *lex Valeria* übertragen, und scheint die Ausführung derselben einer Civilcommission überlassen zu haben; Cäsar setzte in seinem 1. Consulate (59 v. Chr.) seine *lex agraria* mit Gewalt durch und ließ seine Colonien durch *vigintiviri* deduciren; erst während seiner Dictatur bediente er sich zur Aeckerassignation seiner *legati*, und hierin folgten ihm die Triumvirn des Jahres 43 und später die Kaiser“ (s. Zumpt *Comment. epigr.* p. 249. 301. 444). „Der Soldat verdankte seine Versorgung nunmehr nicht dem Staate, sondern der Person des Imperators. Die Ansiedlungen sind zwar theilweise in Italien auf vacant gewordenen Ländereien (zuletzt

unter Nerva) bewirkt, allein seit Cäsar auch in den Provinzen, zuerst namentlich in Spanien und Gallien in größerer Anzahl gegründet." „Der ursprüngliche Bauernstand Italiens war ausgerottet, die großen Güter wurden durch Sklaven bearbeitet, welchen die Provinzen den Unterhalt liefern mußten (*Tac. Ann. 14, 27*). Die überall und wiederholt angesiedelte Soldatenmasse, großentheils ohne Frauen und Kinder, schmolz so schnell zusammen (*Tac. Ann. 3, 54*), daß die italischen Städte, einstmals die unerschöpfliche Quelle der Röm. Militärmacht, spärlich bevölkert, theilweise verödet waren, und ein fortwährender künstlicher Ersatz durch neue Ansiedlungen für die Erhaltung derselben nothwendig war. In den Provinzen, wo die Abnahme der Bevölkerung zwar etwas später, aber seit Hadrian in dem Grade merklich wurde, daß man barbarische Stämme für die Zwecke des Ackerbaus in dieselben aufzunehmen gezwungen war, trat außerdem das Bedürfniß militärischer Ansiedlungen wegen der Sicherheit gegen äußere und innere Feinde ein, welches bei den Colonien der Kaiserzeit bis zuletzt maßgebend geblieben ist." „Die ersten Städteanlagen in neu gewonnenen barbarischen Ländern wurden nicht durch Soldaten, sondern durch die Einwohner des Landes selbst auf Anordnung des Kaisers vorgenommen, von welchem sie häufig den Namen führen, ohne daß sie deshalb für Colonien zu halten sind; unter den vielen Ortschaften, mit welchen Trajan das verwüstete Dacien neu bevölkerte, waren nur 4 Colonien." „Als Colonien sind nur diejenigen Ansiedlungen zu betrachten, in welchen Röm. Bürger zu einer neuen Gemeinde durch eine besondere *lex coloniae* constituirt wurden (*Hygin. de cond. agr.* p. 118. 164). Seit Hadrian ist das Privilegium einer Colonie, wie es scheint, als bloßer Titel auch an Städte übertragen worden, in welchen eine neue Ansiedlung nicht vor sich ging. Daneben aber bestehen die eigenthümlichen Colonienanlagen, besonders in den Grenzprovinzen, fort. Die letzte wirklich ausgeführte Colonie ist Verona, welches, von Trajan gegründet, im Jahre 265 durch Gallienus nochmals eine Ansiedlung erhielt; noch später, vielleicht unter Diocletian, ist Nicomedia in Bithynien zum Range einer Colonie erhoben. Unter Constantin ist das Institut der Colonien nicht mehr vorhanden" (Zumpt *l. c.*, p. 437). **Marquardt** III. 1. S. 311—4; 335—341.

XXVIII. Kapitel.

III. Rechtsquellen.

(Zu § 296-322)

I.

Die Augusteische Gesetzgebung.

A. *Lex Aelia Sententia* und *Furia Caninia*.

Zu § **299**] Das Wachsthum des Proletariats in den Hauptstädten und das Zusammenschwinden des Röm. Bluts in Italien und den Pro-

vinzen waren die zwei Dämonen, welche den neuen Thron umlagerten. Augustus, der den Thron aufgerichtet hatte, mußte ihn auch durch Beschwörung der Unholde zu sichern suchen: dies war der eigentliche Zweck der Augusteischen Gesetzgebung, welche in den *Leges Aelia Sentia* und *Furia Caninia*, sowie der *lex Julia et. Papia Poppaea* gipfelte. Es galt, das Röm. Blut möglichst rein zu halten und zugleich möglichst zu mehren. Diese Gesetzgebung griff tief ein nicht nur in die sociale Freiheit, sondern auch in die juristische Nationalsitte des Römerthums, welches nicht gewöhnt war, den souveränen Privatwillen unter die Hand der Behörde und des Angebers zu beugen und den anspruchsvollen Staatswillen über die Schwelle des Hauses zuzulassen. Wo aber konnte sich diese Freiheit des Privatwillens so mit Selbstbewußtseyn paaren, als in dem Ehebund, mit welchem der Römer sich ein eignes Haus gründete, in der Sklavenfreilassung, durch welche er dem Staate neue Bürger stellte und sich mit Creaturen seiner Liberalität umgab, und im Testamente, in welchem er die Rolle eines Gesetzgebers der kommenden Generation spielte? An diesen Punkten also trafen die neuen Entwürfe gleichsam ins Herz der Römer. August's Unternehmen war das Hineintreiben eines Keils in den nationalen Organismus des Rechts und eine Forderung des Eingeständnisses, daß, um Rom zu retten, eine Bahn neben dem Röm. Geist eröffnet werden müsse. Weniger die tieferen sittlichen, als vielmehr sociale und politische Gründe waren es, welche Augustus veranlaßten, zu diesem eigenthümlichen Wettkampf in die Volksarena herabzusteigen, und wer sich wunderte, daß vor dem sittlichen Abgrunde, an welchem die heidnische Welt von Damals stand, Rom so lange sich sträubte, sich retten zu lassen, der würde kein Verständniß für den Geist der Röm. Nation haben. Es handelte sich um die Alternative, ob Rom einen Theil seines eigensten Wesens preisgeben wolle, um der andern Hälfte ein doch im Grunde gebrochnes Leben zu fristen. Der sittliche Bankerott, der den socialen und politischen im Gefolge haben mußte, stand bevor: August's Zähigkeit erwirkte ein Compromiß, welches einer *cessio bonorum* zur Abwehr des vollen Bankerotts verglichen werden könnte; insofern dieses Rechtsmittel, das bekanntlich auch durch eine *lex Julia* (*de cessione bonorum*) für den Civilproceß eingeführt wurde, eine Wohlthat genannt werden mag, ist auch August als der Wohlthäter seines Zeitalters zu preisen, und mithin möchte ich nicht ohne Weiteres in Ihering's Aburtheil über diese Bemühung des ersten Princeps (Geist d. R. R. III. § 57. S. 253) einstimmen. Das Christenthum, als dieses in das sterbende Alterthum eindrang, griff freilich tiefer und mußte sich in Gegensatz zu dem äußerlichen Regenerationssystem stellen; so fiel dieses Stück für Stück, es ward Ruine, und Justinian beseitigte den letzten Schutt: jene Gesetzgebung erscheint nun wie eine großartige Episode in der Röm. Rechts- und Culturentwicklung; sie verschwindet fast spurlos vom Schauplatz der Geschichte. Aber wir dürfen nicht vergessen, daß der Keil, der da hineingetrieben gewesen, alle innersten Kräfte der Juris-

prudenz zur höchsten Erregung und Schärfung lockte, und daß in den Convulsionen dieser Episode dem Forscher Blicke bis ins feinste Mark des Römischen Lebens und Wesens verstattet werden. Auch das ist ein merkwürdiges Denkzeichen der hiermit beginnenden Kaiserzeit, daß der Satz *Princeps legibus solutus est* (*fr. 31. D. de leg. 1, 3*) mit Rücksicht auf diese Gesetze zur Geltung kam, und damit zum ersten Male im civilisirten Occident sich eine monarchistische Grundidee ankündigte; denn ein Monarch, der Souverän ist, kann nicht unter dem Zwangsgesetz stehen, der Schöpfer des Gesetzes thront der Idee nach über dem Gesetz, und seine Beobachtung desselben ist eine freie: so ward der Princeps, der frei erklärt war, damit auch als Schöpfer anerkannt, und vom Monarchismus hier die erste principielle Consequenz gezogen. —

Die Entsittlichung der Bevölkerung hing mit dem Luxus aufs Engste zusammen, der Luxus aber zeigte sich vorzüglich mit in dem Halten von Sklavenmassen und in der Maßlosigkeit der Freilassungen, man prunkte mit dem einen wie mit dem anderen, und so wurde die Sklaverei die Pflanzschule des Proletariats, das in immer gefährlicheren und widerlicheren Formen zu Tage trat. August schuf mittels der in der Ueberschrift genannten Gesetze hier einen heilsamen Damm, durch welchen die Sklavenhalter sich genöthigt sahen, besser als bisher für ihre hilfsbedürftigen Knechte selbst zu sorgen. Rudorff (R. Rechtsg. I. § 26) nennt die *lex Aelia Sentia* „ein sorgfältig durchdachtes Gesetz, in welchem der Stand der Freigelassenen nach dem Verdienst bestimmt wird“. In gewisser Weise schloß sich an sie ein unter Tiberius erlassenes Gesetz über unförmliche Freilassungen an, die „*lex Junia Junia,* bequemer, obwohl gegen die Regel nach dem Cognomen des Einen, *Junia Norbana*, nicht *Norbani*, genannt, die, indem sie auch die gegen die *lex Aelia Sentia* vor dem 20. Lebensjahre des Herrn und 30. Lebensjahre des Sklaven Freigelassenen betraf, auch einen Theil jenes Gesetzes umfaßt, so daß beide Gesetze soweit in willkürlicher Abwechslung genannt werden, bis Justinian der ganzen latinischen Freiheit ein Ende macht.“

„Die innern Schäden, an denen das öffentliche und häusliche Leben der Römer beim Beginn der Kaiserherrschaft krankte, ergeben sich am klarsten aus den Veranstaltungen, welche Augustus zu ihrer Abhülfe traf. Viele Gebrechen Rom's waren die natürliche Folge des eigenthümlichen Ursprungs, den die Monarchie gehabt, andere wurden unmittelbar durch die Machthaber herbeigeführt, um die Alleinherrschaft zum Durchbruch zu bringen. Die Vermischung der Peregrinen mit Römern, und ihre Aufnahme in den Senat war ein Hauptmittel, wodurch Cäsar seinen Zweck zu erreichen strebte und welches auch seinen Nachfolger anfänglich förderte (*Dio C. 48, 34*). Jedoch der vollendete Machthaber suchte die Wunde zu heilen, die auch er als werdender Herrscher in dieser und anderer Hinsicht dem Römerthum geschlagen hatte. Die von Augustus veranlaßten Gesetze oder in anderer Form

getroffenen Verfügungen umfaßten alle Classen der Bewohner seines Reichs. Eine seiner Hauptsorgen war auf die Erhaltung der Reinheit des Röm. Bürgerbluts gerichtet (*Suet. Oct. 40*). Nachdem die Parteikämpfe der Machthaber in die Alleinherrschaft sich aufgelöst hatten, wurde die Röm. Civität freilich nicht mehr in der Art, wie früher, ganzen Massen heimat- und habeloser Peregrinen ertheilt; aber desto größer war die Zahl der freigelassenen Sklaven, welche man alljährlich zu Bürgern erhob. Dieser Zuwachs des Bürgerstandes war um so nachtheiliger, da der Sklave seine Freiheit jetzt eben so oft schlechten Mitteln als schlechten Zwecken verdankte. Durch Schandthaten erwarb er häufig das Geld, womit er sich freikaufte, oder der Herr belohnte durch Manumission den Mitwisser und Genossen seiner Verbrechen. Viele Freilassungen erfolgten aus bloßer Habsucht, indem der Herr die Bedingung stellte, daß ihm der Freigelassene seinen Antheil an den Getreidespenden und Congiarien abtrete. Die zahlreichsten Freisprechungen hatten aber ihren Grund in der Eitelkeit der Großen, die nicht selten durch Testamentsbestimmung alle ihre Sklaven manumittirten, damit sie wenigstens von ihnen gepriesen würden, und ein langer Zug Freigelassener ihr Leichengepränge vermehrte. So ward denn oft mit einem Male die Zahl der Bürger mit einer Menschenmasse vermehrt, unter der manche die größten Schandthaten begangen und entehrende Strafen erlitten hatten (*Dion. 4, 24*). Gegen diese argen Mißbräuche traf Augustus vermittels der *lex Aelia Sentia* (757 d. St.) und der *lex Furia Caninia* (761 d. St.) mehrfache Vorkehrungen. Das erstere Gesetz bestimmte, daß jeder Sklave, den sein Herr eines Verbrechens halber in Fesseln geschlagen, gebrandmarkt oder zum Kampf mit wilden Thieren hingegeben habe, überhaupt unfähig sei, das Röm. Bürgerrecht zu erlangen (*Gai. 1, 13—15*). Auch die Freilassung unbescholtener Sklaven und ihr Eintritt in das Bürgerrecht ward mehrfach beschränkt, indem sowohl ihr Alter und ihre Würdigkeit, als auch das Alter des Herrn und seine Gründe zur Manumission in Frage kamen (*Dio C. 55, 13; Gai. 1, 38 sq.*). Den unbegrenzten testamentarischen Freilassungen wurde Maß und Ziel gesetzt durch die *lex Furia Caninia;* sie bestimmte, wie viele von der Gesammtzahl seiner Sklaven der Testator freilassen durfte (*Gai. 1, 42. 43*). — Welche Bedeutung Augustus auf diese Gesetze legte, zeigt der Umstand, daß er ihre Aufrechthaltung dem Tiberius, in seinen hinterlassenen Rathschlägen, eifrig anempfahl (*Dio C. 56, 33*)." Höck Röm. Gesch. I. 2. S. 312—4.

II.

B. *Lex Julia et Papia Poppaea.*

Zu § **299**] In der Familie wurzelt die menschliche Gesellschaft; so lange die Wurzel gesund bleibt, darf die Hoffnung nicht sinken; ist die Wurzel zerrüttet, so beginnt das Sterben; den Krankheiten der Wurzel muß am entschiedensten begegnet werden: es galt also damals

in Rom vor Allem, die Familie zu heben. Die Familie aber ruht auf der Ehe; diese zu regeneriren, war daher Augustus beflissen. Er suchte sie zu befördern, indem er bestehende Ehen schützte und die Eingehung von Ehen begünstigte. Er that dies weniger durch selbständige Strafen auf criminellem Wege, als durch Rührung des Egoismus und Zuhülfenahme der Gewinnsucht; will man Augustus darum tadeln, daß er sein Geschlecht an der Seite faßte, wo es allein noch zu fassen war? Man hat ganz richtig bemerkt, die Ehelosigkeit der Augusteischen Zeit sei die Polygamie in der rohesten Form der verkommenen Uebercultur gewesen: Augustus suchte die Familienimpotenz mit der Incapacität zu bekämpfen; galt doch von jeher den Römern die Familie wie ein Stück des Vermögens, jetzt sollte die Familie vom Standpunkt des Vermögens aus gerettet werden. Das Heidenthum lieferte keine anderen Mittel mehr, und Augustus konnte unmöglich neue Mittel aus Nichts schaffen, er mußte die vorhandenen suchen. Rom war einst gegründet nicht eigentlich schon mit Stier und Kuh am Pflug, sondern mit dem s. g. Raub der Sabinerinnen, denn nicht die Heerde, sondern die Ehe ist das Unterpfand der Dauer eines Gemeinwesens. Augustus rettete durch seine Gesetzgebung Rom für eine weitere Frist, und wenn Sallust's Ausspruch wahr ist, daß ein jedes Reich dadurch erhalten werde, wodurch es gegründet sei, so kann Augustus an dieser Stelle ein zweiter Romulus genannt werden. Die 10jährige Bemühung des Terentilius Arsa ist vielleicht keine so glänzende That, als die Schlacht am See Regillus, die 20jährige Bemühung August's vielleicht keine so glänzende That als die Eroberung Gallien's durch Cäsar, und doch ein schwereres und für des Reiches Fortbestand ungleich wichtigeres Werk.

„Die *lex sumtuaria* unterschied sich von früheren Gesetzen dieser Art durch ihre Strenge (*Suet. Oct. 34; Gell. 2, 24*); indeß der Inhalt ist nur sehr mangelhaft bekannt. Wir hören, daß Augustus gewisse Gastmähler gänzlich verbot und bei anderen dem Aufwand bestimmte Grenzen steckte. Außerdem beschränkte er die Verschwendung der Weiber in Bezug auf Kleidung und Schmucksachen, wie auch in anderer Hinsicht. Schon früher hatte Augustus durch verschiedene Verfügungen dem unanständigen Betragen und der Sittenlosigkeit des weiblichen Geschlechts Einhalt zu thun versucht. Den Standesfrauen war das Auftreten auf dem Theater untersagt; bei Gladiatorspielen waren den Frauen und Männern getrennte Sitze angewiesen, und zur Schau der Athletenkämpfe ward ihnen der Zutritt versagt. Die *lex de adulteriis* bezog sich auf beide Geschlechter, und war nicht bloß gegen Ehebruch, sondern gegen Unzucht in umfassenderem Sinn gerichtet, weshalb bei Sueton (*Oct. 43*) das Gesetz genannt wird: *lex de adult. et de pudicitia.* Die Strafe des Ehebruchs war jetzt, neben bedeutenden Vermögensnachtheilen, Verbannung auf eine Insel (*Paul. S. R. 26, 12*). — Nach Annahme dieser *lex* drang Augustus auch mit seinem Ehegesetz durch, welches nach dem ersten Abschnitt, der von den Ehen der Senatoren handelte, *lex de maritandis ordinibus* genannt wird

(*Suet. Oct. 34*). Sie ward 737 (d. St.) von den Tribus bestätigt. Jedoch drang sie nur modificirt durch, indem Augustus die Strafen der Unverheiratheten theils gänzlich strich, theils milderte, die Belohnungen vermehrte und zuerst 3, dann wieder 2 Jahre gestattete, bis die *lex* in Kraft trat. Im Jahre 752 d. St. drangen die Ritter auf die Abschaffung dieses Gesetzes, ohne jedoch ihren Zweck zu erreichen. Augustus ließ es mit beschränkteren Strafbestimmungen und erhöhten Belohnungen durch die *Coss. M. Papius Mutilus* und *Q. Poppaeus Secundus* aufs Neue vor den Tribus beantragen, und diese bestätigten die Rogatio (*Dio C. 56, 10*). Die *lex Julia et Papia Poppaea*, wie sie nun hieß, ist ein System von Gesetzen, deren Zweck auf Beförderung anständiger Ehen und ehelicher Kindererzeugung geht. Gleich im 1. Abschnitt, welcher von den Ehen der Senatoren handelte, beseitigte der Gesetzgeber eine Beschränkung der Ehe, welche vielfältigen Anlaß zu außerehelichen Verbindungen geboten hatte. Obgleich seit Jahrhunderten das Conubium der Stände bestand, so war es doch nie der zahlreichen Classe von Freigelassenen ertheilt. Fortwährend galt die Heirath zwischen einem Freigebornen und einer Freigelassenen für anstößig, und ihr mangelten die rechtlichen Folgen einer Röm. Ehe (*Liv. 39, 19*). Augustus untersagte jetzt solche Ehen bloß den Senatoren und ihren Kindern, gestattete aber den Freigelassenen das Conubium mit allen übrigen Freigebornen (*Dio C. 54, 16; 56, 7*). Der Hauptinhalt des großen Gesetzes war: Alle dazu fähigen Römer sind verpflichtet zu heirathen, um Kinder zu erzeugen; die Verpfliehtung dauert beim männlichen Geschlecht bis zum 60., beim weiblichen bis zum 50. Jahre (*Ulp. 16, 1*). Wer dem Gesetz nicht nachkommt, der erleidet Strafen, die jedoch größer sind bei dem Unverheiratheten (*caelebs*), als bei dem Verheiratheten aber Kinderlosen (*orbus*). Die Strafen bestehen, außer vielfältigen Zurücksetzungen gegen Verheirathete im öffentlichen Recht, vorzüglich in bedeutenden Vermögensnachtheilen. Kein Unverheiratheter kann aus dem Testament des Erblassers, der nicht nahe mit ihm verwandt war, eine Erbschaft oder ein Legat erwerben und der verheirathete Kinderlose erhält nur die Hälfte des ihm Zugewendeten (*Gai. 1, 111. 286*); sind keine anderen Erben im Testament genannt, welche an deren Stelle treten, so fällt die Erbschaft dem Aerarium zu (*Tac. Ann. 3, 28*). Die Belohnungen derjenigen, welche dem Gesetz Folge geleistet, bestanden, neben der testamentarischen Erbfähigkeit, in Ehren und Vortheilen öffentlicher Art. Die Verheiratheten hatten ihre besonderen Reihen von Bänken im Theater; unter den beiden Consuln erhielt derjenige zuerst die Fasces, welcher die meisten Kinder hatte; Ehe und Kinder verschafften ferner dem Bewerber um Staatsämter den Vorrang vor Unverheiratheten und Vorzüge bei der Besetzung der Statthalterschaften. Außerdem gewährte eine gewisse Anzahl Kinder (*jus liberorum:* 3, 4, 5 Kinder in Rom, Italien, Provinzen) Befreiuung von manchen Lasten, u. A. von der Pflicht, eine Tutel zu übernehmen oder Richter zu seyn." Höck R. Gesch. I. 2. S. 335—8.

„Die *lex Julia de marit. ordin.* und ihr Nachtrag, die *lex Papia Poppaea* ist das umfangreichste Specialgesetz der vorchristlichen Zeit. Die vielen späteren Umgehungsversuche wurden durch Senatsschlüsse abgeschnitten, das combinirte Gesetz durch die Commentare der Juristen Terentius Clemens, Jun. Mauricianus, Ulpius Marcellus, Gaius, Ulpian und Paulus in das Ehe- und Erbrecht eingefügt und zur Pein der Ehelosen, wie zum Vortheil des Staatsschatzes, unter Exemtion des Kaiserhauses, durch zahlreiche Delationen gehandhabt. Erst als das politische Interesse an der Erhaltung des Stadtrömerthums geschwunden war, hob Constantin die Nachtheile des Cälibats und der Orbität, Theodosius II. die Capacitätsbeschränkung der Ehegatten, Honorius die dadurch bedeutungslos gewordene Nachsuchung des *jus* (*communium*) *liberorum,* Justinian die Caducität wegen Deficienz auf. — Die neueren Restitutionsversuche bedürfen eben so sehr der Vervollständigung als der Kritik. Die erheblichsten sind: *Jac. Gothofredus ad leg. Jul. et P. P.* (1617 und in *IV Fontes*, 1653), *Heineccius ad leg. Jul. et P. P.* (1731) und *van Hall* (*Fontes III*, 1840 p. 31 sq.)." Rudorff I. § 27. Dazu Lange Alterth. II. S. 614. 615. Huschke Ueber d. Census (1847) S. 188.

Justinian erwähnt in *l. 1. pr. Cod. de cad. toll.* (*6, 51*), daß die Rechtseinrichtung der *caduca* ans der Zeit feindlicher Spaltung des Römervolks hervorgegangen und *belli calamitate introducta* sei. Mächtige Parteikämpfe der damaligen im Tiefsten erregten Gesellschaft umwogen den Ursprung der *lex Papia Poppaea;* was ist da wahrscheinlicher, als daß auch die Sabinianer hier ihren ersten Gegensatz zu den Proculianern fanden, welche sich anfangs von den Neuerungen des Augustus gänzlich fern hielten und gewiß auch jener Gesetzgebung Opposition machten, während die Sabinianer, die mit den *libri III juris civilis* dann gewissermaßen abschlossen, sich nach einer neuen Materie umsahen. Das neue Civilrecht ward ihre Domäne, und es scheint, daß vorzugsweise von Sabinianern die *lex Julia et P. P.* commentirt ward. Die Rechtsgeschichte muß vor dieser Erscheinung einen bedeutungsvollen Halt machen, denn wir haben anzunehmen, daß sie die Jurisprudenz der Römer zu schärfster Präcisirung der Dogmen und fleißigster Beobachtung der Consequenzen anregte, und daß sie, eine große Anomalie mitten im System eines wunderbar einheitlichen Rechts, recht eigentlich zu einer Arena der Gymnastik wurde, auf welcher das juristische Denken und Operiren zur vollen Reife gedieh. Um diesen Kunstbau heidnischer Providenz wogte der heißeste Kampf, hier sprühte das stählerne Recht seine hellsten Funken, und aus der von da auflodernden Flamme entstiegen die geläuterten Gebilde der classischen Jurisprudenz. Es ist gleichsam das *contradictorium judicium*, worinnen diese Wissenschaft nun ihre eigentliche Probe bestand.

III.

Das System des Edicts.

Zu § **301**] Die Röm. Juristen waren bekanntlich keine Systematiker von Fach; Leist aber in seinem Versuche einer Geschichte der Röm. Rechtssysteme (Rost. 1850. S. 78) hat bemerkt, daß das System, welches als Ausdruck unsrer heutigen Wissenschaft des Privatrechts gilt, im großen Ganzen mit der Reihenfolge zusammentrifft, welche die Justinianischen Digesten darbieten. Dem muß eine tiefere Wahrheit, welche diesen Umstand über den Zufall hinaushebt, zugrunde liegen. Die Wahrheit ist folgende.

Das Röm. Recht war ein System der Rechte, nicht der Klagen, d.h. von Anfang an trat im Röm. Recht die eigentliche juristische Substanz maßgebend und Ausdruck suchend auf, auch der Proceß war reiner Ausdruck des Rechtsverhältnisses, und immer durch dessen innere Beschaffenheit wesentlich bestimmt. Es ist grundfalsch, zu sagen, das Röm. Recht habe sich aus den Klagen entwickelt, und der Proceß sei früher als das materielle Recht gewesen. Ein Blick in die XII Tafeln belehrt, daß von Haus aus im Röm. Rechtsbewußtseyn der materielle Gehalt der Rechte voranstand. Nur das ist richtig, daß die theoretische Darstellung der Rechte und also die Reflexion über sie an den Klagformeln und Rechtsmitteln anknüpfte. Dies ist die Bedeutung des *Jus Flavianum* und *Aelianum,* dann des prätorischen Edicts und der Julianischen Ordination, sowie aller großen Commentare desselben. Nur die Darstellung der Rechtsmasse, nicht die Rechtsmasse selbst, war eine Ordnung von Klagen, und so erklärt es sich deutlich, wie es geschehen mußte, daß in der Ordnung der Klagen das inwohnende System des Rechts selbst zum Vorschein kam. Die *legis actiones* knüpften direct oder indirect an den XII Tafeln an, und an diesen Grundbau der Rechtsmittel dann wieder das Edict, und auf dem Plane des Edicts endlich ruht der Plan der Digesten Justinian's. Was Wunder, daß da noch die Uranlage des Röm. Rechts hindurchblitzt und vom Auge einer Wissenschaft erkannt wird, welche durch die Schichten der Jahrhunderte hindurch zu dringen gelernt und sich mit der Milch der Röm. Jurisprudenz von Kindheit auf genährt hat. „In der That ist auch zwischen unserem System und der Digestenordnung der historische Zusammenhang, daß Hugo, der zuerst jenes System aufgestellt hat, welches dann besonders von Heise angenommen und verbreitet wurde, — dabei allerdings sich an die Digestenordnung anzulehnen beabsichtigte“ (Leist *l. c.* S. 79). Der Faden ist dünn, welcher das Heise'sche System mit den Tripertiten Aelian's verbindet, aber wir finden ihn doch noch erkennbar; so gut wie Rom die *Urbs aeterna*, ist auch das Zwölftafelrecht ein Stück irdischer Ewigkeit; unter dem Schutt von Jahrtausenden begraben lebt es für die und in denen wieder auf, welche das Glück haben, die Wiederaufgrabung zu erleben. Solche Wiederaufgra-

bungsacte sind die Entdeckung des ächten Gaius in Verona, dem Orte der allerletzten Colonie Rom's, und auch diese Leist'sche Gratulationsschrift zum 50jährigen Doctorjubiläum des Mannes, welcher mit Niebuhr, Göschen und v. Bethmann-Hollweg zusammen am meisten bei dieser Entdeckung betheiligt war.

Leist erörtert: Der juristische Gehalt der vier wichtigen Lehrstücke: Testament, Legat, Ehe und Tutel war von jeher und blieb auch ein vorwiegend civilrechtlicher, denn der Prätor hat in die letzteren beiden verhältnißmäßig wenig eingegriffen, über die Legate ist sein Edict sogar noch geringer, und wenn in Bezug auf die Erbfolge allerdings der Prätor sein Recht zu großem Umfang entwickelte, so führte er doch auch hier im Grunde nur die vom Civilrecht gewobenen Fäden fort und schuf kein eigentlich selbständiges Gebiet, welches in die übrigen Theile des Edictssystems (*actiones* u. s. w.) gepaßt hätte, denn nicht an die *hereditatis petitio* knüpfte er die *bonorum possessio* an, sondern es liegt deren Grund in einer selbständigen, im prätorischen Imperium noch außer der Handhabung der *actiones* enthaltenen, Regulirungsbefugniß.

Gaius nun wollte in den drei ersten Büchern seiner *Institutiones* eine übersichtliche Darstellung des Civilrechts geben, wobei er die prätorischen Artikel nur als Nebenpunkte anknüpfte; hierauf folgt im 4. Buche eine kurze Uebersicht der Haupttheile des Edictssystems, nämlich der *actiones, exceptiones, interdicta*, und als Anhang Einiges Allgemeine über die *judicia* (z. B. *in jus vocatio;* das Nöthige über *satisdationes* schiebt er gelegentlich ein). Derselbe Gesichtspunkt einer Combination des Civilrechts mit den Actiones (der wohl auch von Ulpian in seinem *Liber regularum* adoptirt wurde) läßt sich schon in den Tripertiten Aelian's nachweisen, wo die Actionen noch die alten *legis actiones* waren. Gaius freilich systematisirte das *jus civile* nicht mehr so äußerlich nach den Quellen, sondern seiner inneren Art nach *in jus quod ad personas* und *ad res pertinet.* Dieser Gedanke eben findet sich dann in den Digesten wieder.

Hier ist das 1. Buch (abgesehen von den Endtiteln 9—22 über das Officium der einzelnen Magistrate, die man als Vorläufer der gleich im folgenden Buche placirten Jurisdictionslehre nirgends besser hinzubringen wußte) nach dem Gaianischen Institutionensystem eingerichtet: die Titel *de statu hominum etc.* entsprechen dem Personenrecht, der Titel *de rerum divisione* dem Sachenrecht. Vom 2. Buch an gehen die *actiones*, ganz nach dem Edictssystem eingerichtet, so daß Justinian die ganze Röm. Literatur im 3. Theil des Gaianischen Systems unterbrachte. Auch darin stimmen Digesten und Institutionen überein, daß am Schluß hinter den Actiones noch die *publica judicia* folgen.

Daß nun mitten in den Actiones, und zwar zwischen dem Gebiete der *legis actio per condictionem* und *l. a. per manus injectionem* die *IV libri singulares* sich gestellt finden, bei denen die Klagmittel ziemlich im Hintergrunde bleiben, erklärt sich nur so: die Zusammenstellung dieser 4 Lehren war allgemeine und herkömmliche systematische An-

schauung der Römer, und sie wurden als geschlossene Masse in das Edictssystem von Außen her hineingestellt. Die Zachariä'sche *Epitome legum* nennt als Urheber dieser Composition den Salv. Julianus, welcher also den Theil des nachherigen Edicts, dessen Stoff die *libri IV sing.* bilden, sammelte. Warum er dabei Ehe und Tutel voranstellte? vielleicht weil bei diesen die Klagen, wenn auch nicht als Hauptgesichtspunkt, doch wenigstens noch vorkommen, während sie in den beiden anderen gänzlich fehlen, und so jene Lehren im Edict sich natürlicher an die vorausgehenden dem Gebiete der Condictiones angehörigen Klagen anschlossen (s. dagegen Rudorff in der Zeitschr. für Rechtsgesch. III. S. 39. 56).

Auch im ausgebildeten Edictssysteme sind die alten *Legis actiones* mit Sicherheit wieder zu erkennen: 1) die Edictslehren aus *lib. 5—11* der Dig. repräsentiren die Klagen, welche sich aus der *l. a. sacramento* und *per judicis postulationem* herausbildeten (s. *Ulp. ad Ed. lib. 15—25; Paul. lib. 15—27*); 2) die Condictiones der *lib. 11—19 Dig.* sind an die Stelle der alten *l. a. per condictionem* getreten (*Ulp. lib. 26—32; Paul. lib. 28—34*); 3) die Klagen der *lib. 39—42 Dig.* stellen das Gebiet der *l. a. per manus injectionem* dar (*Ulp. lib. 52—66; Paul. lib. 48—62*).

Die selbständigen Grundbestandtheile des Edicts sind nämlich fünf: 1) *de jurisdictione*, 2) *de judiciis*, d. h. die Actiones (ursprünglich *legis actiones*), 3) *de interdictis* (*et extraordinariis cognitionibus*), 4) *de praescriptionibus, exceptionibus* (*et praejudiciis?*), 5) *de stipulationibus praetoriis et satisdationibus*.* Nun bieten uns in den Digesten *lib. 2—46* bekanntlich das Edictssystem dar: davon fallen auf den 1. Theil die *libri 2—4*, auf die letzten 3 Theile zusammen die *libri 43—46*; das ganze große Gebiet der *libri 5—42* wird von den Actiones ausgefüllt. Aus diesem Actionengebiete der Digesten aber sind wieder zurückzustellen der s.g. *Antipapinian* (*lib. 20—22*) und die *IV libri singulares*. Besonders sind es die zwei ersten Theile des Actionenabschnitts (*lib. 5—19*), welche in den Digesten ausgebildet erscheinen, indem gerade hier die Weiterentwicklung des Rechts von Statten ging. Der erste Theil bewahrte sich den früher in allgemeinerem Sinn, nämlich als Einleitung in den Civilproceß überhaupt verstandenen Titel *de judiciis*, der 2. Theil erhielt von der darin an erster Stelle behandelten Lehre den Titel *de rebus*. Demgemäß traten nun die zwei materiellen Hauptgattungen der Actionen, deren wissenschaftliche Durchführung für die ganze Gestalt des Röm. Rechts von entscheidender Wichtigkeit geworden ist, die *in rem* und *in personam actiones* auch äußerlich als verschiedene Hauptabschnitte hervor. — Daß wir in den *in rem actiones* (*lib. 5—8 Dig.*) die Competenz der Centumvirn, vor denen *sacramento* processirt ward, vor uns haben, ist unzweifelhaft; nicht so strict nachweisbar, doch wahrscheinlich und durch Heffter (Rhein. Mus. I. S. 51) als sehr natürlich gezeigt, ist der Zusammenhang der

*) Vergl. Cursus § 217. 218. 265.

...s *injectio* endlich
bungsacte sind die Entdeckung des ächten Gaius ... der *res judicata* des
der allerletzten Colonie Rom's, und auch diese ...chts dem Edict selbst
schrift zum 50jährigen Doctorjubiläum des ... ch an dieselben anknüpft,
buhr, Göschen und v. Bethmann-H... von Anfang an sehr sin-
sten bei dieser Entdeckung betheiligt ... Edictssystem ohne alle ma-

Leist erörtert: Der juristische ...che müßten zwischen der *res*
stücke: Testament, Legat, Ehe und ... Leider ist die Ausführung des
vorwiegend civilrechtlicher, de... *pignoris capio* nur theilweise lesbar.
verhältnißmäßig wenig ein... ...agten, daß der die Actiones umfassende
gar noch geringer, und w... ...*ellen* Elemente der 4 eigentlichen *legis actio-*
Prätor sein Recht zu ... ...ordnung festhielt. — In dem Zusammenhange,
auch hier im Grund... ...Sabinus- und Edictssystem in Bezug auf die *IV*
schuf kein eigent... ...*d*, liegt wohl der Grund davon, daß, als man zum
des Edictssyst... ...ung einen Theil der Edictswerke zur Sabinusmasse
hereditatis p... ...man dazu eben das mittlere Dritttheil nahm. Die Bücher
deren Gr... ...welche bei den Sabinusfragmenten stehen, gehen nämlich
außer d... ...Ende der *IV libri singulares*. Doch wäre, wenn man
... herausgenommen hätte, der Stoff zu gering geblieben,
üb... ...man die von der *Pars de rebus* handelnden Bücher hinzu.
... Leist. — Vergl. dazu Hugo Röm. Rechtsgesch. (*ed. 11.*) S. 310
... Magazin II. S. 93 u. VI. S. 447. Blume Zeitschr. f. gesch.
Rechtswiss. IV. S. 409. Böcking Pandekten, Anhang I. Rudorff Röm.
Rechtsgesch. I. § 97 u. 110. Letzterer (S. 270 u. 302) tadelt, unter
Zustimmung Mommsen's im Jahrb. d. gem. deut. R. II. S. 323, an der
bisherigen Darstellung, daß sie die *Missio in bona* ganz ignorire, dem-
nach die Actiones viel zu weit ausdehne und überall den historischen
Elementen zu viel, den systematischen Gedanken zu wenig einräume.
„Das System des neuen Reichscivilrechts (*Ordo Edicti perpetui*) war
wesentlich edictal, d. h. ein System des Rechtsschutzes, welches auf
die einzelnen Schutzmittel: *Actiones, Missiones, Interdicta, Exceptiones,
Stipulationes praetoriae* und *aediliciae* gegründet ist. In dem Actionen-
abschnitte, dem vornehmsten, ist das veraltete System der drei nicht-
executiven unter den 5 *Legis actiones* billig schon der rationellen Ein-
theilung *in actiones in rem* (mit angehängten *arbitriis: Pars de judiciis*)
und *formulae in personam* (*Pars de rebus*) und dieser letzteren wieder
in Condictiones und Actiones, m. a. W. der Verfolgung eigener Güter
und der Ansprüche auf Rück- und Neuerwerb fremder, die man erst
bekommen soll, also Haben und Habensollen, untergeordnet. Die bei-
den executiven *Legis actiones per pign. cap.* und *per man. inj.* sind in
den Missionen aufgegangen, einem wichtigen Schutzmittel, welches in
die erbrechtlichen (*bonorum possessio*) und processualen zerfällt, die sich
wiederum in specielle (*in rem*) und generelle (*in bona*) scheiden." Der
Actionentheil (*lib. 2—46 Dig.*) „ist nach dem Hadrianischen Edict ge-
ordnet, nur ist das diesem angehängte Aedilenedict zum Kauf hinauf-
gerückt und im Anfang (*Dig. I, 9* u. *22*), wie in der Mitte (*Dig. 20—22*)

n Ende (*Dig. 47—50, 15*) *Jus extraordinarium* hinzugefügt."
orff in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. III. S. 1 ff. u. IV. S. 1 ff.
e Bemerkungen, welche das Rechtsmittel der *Missiones* (*Dig.*
2), sowie die Ansätze des *Jus extraordinarum* zur Geltung
en der *pignoris capio* entsprechenden Raum angeben,
e Arbeit wesentlich vervollständigt worden, und dem
noris capio und *manus injectio* ein Ausdruck gewährt,
n Auffassung der *manus injectio* entspricht.* Es
ch folgende Uebersicht des Systems:

I. Tafel:

(Vergl. Leist S. 44 u. 56; Rudorff I. S. 302. 303.)

Edict:	Artikel:	Digesten:
	Compilatoren-Einleitung (personae und res) nach dem Vorbild des Gaius.	Pars 1 (*Πρῶτα*): I, 1—9.
A. Jüngere Edictsmasse. Proceßgrundsätze: (Leist S. 27.)	Jurisdiction, in jus vocatio, editio, pacta de non petendo, postulatio, procuratio, in integrum restitutio.	I, 10—IV.
B. Aeltere Edictsmasse:		
I. **Actiones s. Judicia:** (Leist S. 21. 23. 35.)		Pars 2 (de judiciis):
1. l. a. sacramento:	Dingliche Klagen (Sachen- und Erbschaftsrecht).	V—VIII.
2. l. a. per jud. postul. 3. l. a. per condict.	Obligationen.	IX—XI. Pars 3 (de rebus): XII—XIX. Pars 4 (Umbilicus s. de pignoribus): XX—XXII.
	*S. g. Antipapinian, enthaltend Accessionen der Forderungsrechte (durch die Compilatoren eingeschaltet) und namentlich auch das hierher umgestellte** aedilicium edictum (Dig. XXI, 1).*	
	S. g. IV libri singulares (durch Julian eingefügt?): I. Ehe. II. Tutel.	XXIII—XXXVI, 3. XXIII—XXV. XXVI. XXVII. Pars 5 (de testamentis):
	III. Testament. IV. Legat.	XXVIII. XXIX. XXX—XXXVI.
II. **Missiones in poss.:** 4. l. a. per pign. cap. (?) (Leist S. 39? s. Rudorff.) 5. l. a. per man. inject.	Bonorum Possessio, Prätorische Erbfolge und Nachbarschaftsverhältnisse.	Pars 6 (de Bon. Possession.): XXXVII—XXXIX, 4.

*) s. oben Excurse S. 149—151.

**) s. Cursus § 301. S. 221.

Edict:	Artikel:	Digesten:
	Weitere Einschaltung civilrechtlicher Materien: donatio, manumissio, Singularerwerb.	XXXIX, 5—XLI.
	Urtheil u. Vollstreckung.	XLII.
III. **Interdicta:** (Leist S. 21.)	Gebiet des öffentlichen Friedens (ursprünglich im Edict von bedeutendem Umfang!).	XLIII.
IV. **Exceptiones** und **praescriptiones:** (Leist S. 24.)	Defensive Geltendmachung eigner Rechte.	XLIV.
V. **Stipulationes:** (Leist S. 25.)	Processuale Sicherstellungen.	Pars 7: XLV. XLVI.
	Anhänge der Compilatoren: Die s. g. Libri terribiles, jus extraordinarium enthaltend.	XLVII. XLVIII.
	Processuale Bestimmungen. Appellation, Fiscal- und Militairrecht.	XLIX.
	Publicistische Bestimmungen: Municipal- und Steuerrecht.	L, 1—15.
	„Register u. Gemeinplätze."	L, 16. 17.

II. Tafel:

(Vergl. Leist S. 79.)

I. Allgemeine Lehren:	Rechtsquellen. Personen. Sachen. (Proceß.) In integr. restitutio.	Dig. I—IV.
II. Sachenrecht:	In rem actiones (heredit. petitio).	Dig. V—XI.
III. Obligationenrecht:	In personam actiones. Accessionen der Obligationen.	Dig. XII—XIX. XX—XXII.
IV. Familienrecht:	Ehe und dos. Vormundschaft.	Dig. XXIII—XXV. XXVI. XXVII.
V. Erbrecht:	Testament. Legat. Bon. Poss. u. Hereditas.	Dig. XXVIII. XXIX. XXX—XXXVI. XXXVII. XXXVIII.
	Anhänge.	Dig. XXXIX—L.

IV.

Die Proculianer und Sabinianer.

Zu § **316**] A. Der Schulengegensatz der beiden von Labeo und Capito ausgehenden Richtungen gilt in unsrer Wissenschaft noch als ein Problem. Wir wollen dasselbe zu lösen versuchen. — Zuvörderst könnte man darauf hinweisen, daß Gegensatz als eines der vitalen Grundgesetze des Röm. Geistes von Anfang an sich erwiesen hat*: in der Röm. Jurisprudenz aber wiederholte und spiegelte sich gewissermaßen der Geist Rom's, wie im contemplativen Geiste eines Greises dessen ganzes und volles Leben noch einmal recapitulirt wird. Man könnte noch weiter bemerken, daß, wenn ein tief angelegter Volksgenius aus der Tiefe seiner culturgeschichtlichen Mission hervor ringt und schafft, die innersten Principien menschlichen Wesens, Lebens und Schaffens hervortreten und in den Chorführern persönliche Gestalt gewinnen müssen, und daß mithin, weil das irdische Leben seinem innersten Wesen nach ein Kampf ist, auch aller Fortschritt und alle Entwicklung sich als ein Kampf von Lebensgegensätzen darstellt. Das Römische Volk aber war ein streitbares Volk im eminenten Sinn: sollte ein solches ohne Kampf, ja ohne harten Kampf, die Höhe des wissenschaftlichen Bewußtseyns erglommen haben? Doch wir wollen nicht bei diesen Allgemeinheiten stehen bleiben.

Wir bereiten unsre eigentliche Deduction durch zwei Betrachtungen vor, zu welchen uns die Widerlegung entgegenstehender Ansichten Anlaß gibt: 1) Es ist behauptet worden, daß der Schwerpunkt der wissenschaftlichen Entwicklung des Rechts bei den Römern nicht in der s. g. classischen Jurisprudenz, sondern in den Leistungen der *Veteres* liege; 2) und man hat jenem Schulengegensatze überhaupt alle tiefere Bedeutung absprechen wollen. Es erhellt sofort, daß, wenn diese beiden Ansichten — was übrigens bis jetzt nicht geschehen ist — in Zusammenhang gebracht würden, die letztere an der ersteren eine namhafte Stütze haben würde. Fassen wir diese beiden Ansichten, die uns gleichmäßig irrig erscheinen, näher ins Auge.

B. Jacob Grimm, der Ahnherr der germanistischen Wissenschaften, hat in einer lehr- und sinnreichen Abhandlung, welche zu v. Savigny's 50jähr. Doctorjubiläum erschien („Das Wort des Besitzes. Eine linguistische Abhandlung.“ Berlin, 1850. S. 14.) Folgendes ausgesprochen: „Könnten verlorne Bücher herbeigebracht werden, ich griffe gern eben nach solchen; die *Maniliae venalium vendendorum leges*,** wie sie *Cic. de orat. 1, 58* nennt, zögen mich mehr an, als die Commentare, Quästionen und Digesten hadrianischer Rechtsgelehrten; in den verworrenen Schriften der Agrimensoren, weil sie noch am volksmäßigen Element hangen, liegt ein Reiz, den die klare, aber trockne,

---

*) s. Cursus § 51—54 u. Excurse S. 41—46. 80. 81. **) s. oben Excurse S. 189.

unbehagende Bündigkeit des Gaius, Ulpian und Paulus entbehrt. Wie die Männertugend unter den Kaisern stufenweise abnahm, vergingen auch Blut und Saft der Sprache des alten Rechts, und mit ihnen schwanden wesentliche Theile seines Gehalts. Das Augustische Zeitalter erhebt sich noch ebenso weit über dem hadrianischen, wie dies über dem Byzantinischen. Haben doch die kaiserlichen Juristen nicht einmal dafür gesorgt, daß das heilige Alterthum der XII Tafeln und der übrigen Gesetze gesammelt und der Nachwelt überliefert würde. Von Labeo soll es einen Commentar zu den XII Tafeln gegeben haben, den Rechtsgelehrten lag bald mehr daran, ihre Ansicht aufzustellen und zu vertheidigen, als des Rechts Grundlage zu erforschen; wo in der Wissenschaft Secten sich erzeugen, hat ihr Geist seinen Höhepunkt verlassen, und die Räder der Gelehrsamkeit verfahren sich auf den Holwegen der Praxis.

Selten ist wohl aus einem ehrwürdigeren Munde ein untrifftigeres Wort gekommen. J. Grimm war in seiner ganzen Anlage und Forschung mehr Culturhistoriker und Linguist, als Jurist, und hier hat er eben nur als Philolog gesprochen. Für den, welcher Sachkenntniß hat, ist es unbegreiflich, wie Jemand dem Paulus Trockenheit vorwerfen, und wo es sich um eine Karakteristik der classischen Jurisprudenz handelt, die elegante und edle Behandlungsweise Papinian's unerwähnt lassen, oder die trocknen *Manilianae leges* über die geistreiche Fülle eines Labeo, Julian oder Papinian stellen, an den langathmigen Formeln der archaistischen Cautelarjurisprudenz mehr Behagen, als an der männlichen Gedrungenheit der Sätze eines Celsus jun. und eines Cerv. Scaevola finden, und die enorme Kluft, welche den schwächlichen und verworrenen Byzantinismus von der classischen Jurisprudenz des Ulpian und Papinian trennt, auf so Geringes reduciren kann. Und Grimm tadelt die juristischen Koryphäen, daß sie nicht an die philologischen Interessen deutscher Gelehrten des 19. Jahrhunderts zum Voraus gedacht haben, und vertauscht mit dem Begriff der Schule, welche das Symptom aller wahrhaft großen Culturfortschritte ist, den leidigen Wechselbalg der Secte! Mag seyn, daß für den Alterthumsforscher eine Aegyptische Sphynx mehr Interesse bietet, als eine Statue von Phidias, denn jene zieht unseren Blick in entlegenere Zeiträume, und Manchen reizt das Geheimniß der Knospe so, daß er keine Zeit behält zum bewundernden Genuß der entfalteten Fülle; aber ist denn wirklich die Stufe mehr werth als die Höhe, und der Embryo interessanter als der Mensch, der zur Welt geboren ist? Auch wir interessiren uns für die Aegineten, aber wir halten dafür, daß nur der sie recht zu würdigen vermag, der sie als eine Vorstufe des Phidias würdigt. Die „*Veteres*“ der Republik waren die Archaisten, und es bleibt dabei, daß Muc. Scaevola und Servius Sulpicius nur die Vorstufe der classischen Jurisprudenz bildeten. Dies muß Jeder zugeben, welcher nicht die Rechtswissenschaft mit dem Recht selbst, und nicht Jurisprudenz mit Philologie verwechselt. Auch hier an dem berühmten Forscher sehen wir wieder, wie

schwer es noch immer den deutschen Gelehrten fällt, zu einer richtigen Würdigung des Römerthums zu gelangen.* Nach Allem, was wir von der Jurisprudenz der *Veteres* wissen, ist zu urtheilen, daß wenn hier die Röm. Wissenschaft stehen geblieben wäre, ihr Verdienst ein unverstandenes Räthsel und verlornes Gut geblieben wäre, und daß erst durch Labeo, Julian und Ulpian die Röm. Wissenschaft des Rechts zu einer Weltwissenschaft geworden ist. Richtiger ist demnach, als jener Ausspruch, der eines anderen Historikers und besseren Kenners Rom's; Höck (Röm. Gesch. I. 2. S. 362. 366) sagt: „Unter allen Wissenschaften war keine, welche so vielseitig die Lebensverhältnisse der Römer berührte, als die ihres Rechts, und in diesem Umstande liegt der Hauptgrund der eifrigsten Pflege, welche diese Disciplin bei ihnen gefunden hat. Mit der wissenschaftlichen Bearbeitung ihres Rechts kann kein andrer Zweig der Literatur der Römer an Gediegenheit und Reichhaltigkeit wetteifern, und keine Gattung ihrer poetischen und prosaischen Erzeugnisse hat sich einer so langen literärischen Blüte erfreut. Das Röm. Civilrecht ist das eigenthümlichste und großartigste Erzeugniß des Röm. Geistes: innere Giltigkeit, systematische Ordnung, scharfe Bestimmung und folgerechte Begriffsentwicklung sind seine Vorzüge; und die Periode der großen juristischen Schriftsteller begriff wenigstens drei Jahrhunderte, von der Mitte des siebenten (d. St.) an gerechnet. Die neuen Anregungen, welche dieser Disciplin das Augusteische Zeitalter brachte, übten ihre nachhaltigen Wirkungen; während alle übrigen Literaturzweige allmählich verdorrten, oder nur ein sieches Leben kümmerlich fortschleppten, hat das Röm. Civilrecht durch die Classiker des 2. christlichen Jahrhunderts erst seine Vollendung erhalten."

C. Es ist allerdings wahr, daß mit dem Anfang der Kaiserzeit die ursprüngliche Einfachheit und Folgerichtigkeit des Rechts der Römer allmählich Platz machen muß der Mannichfaltigkeit eines pragmatischen Utilitarismus; es ist oben** von mir selbst hervorgehoben worden, daß durch die Augusteische Gesetzgebung ein Keil aus fremdem Holz in das System des Röm. Rechts hineingetrieben wurde; mit dieser Gesetzgebung begann jener imperatorische Zug juristischen Experimentirens und juristischer Mengerei, welcher in der nachclassischen Zeit bis auf Justinian in fortwährendem Wachsen war und ein Stück der Antike nach dem anderen, zum Theil in heilloser Art — man denke an das nachclassische Hypothekenwesen! — verbildete. Allein in unsrer Frage handelt es sich um die Wissenschaft des Rechts, und von dieser behaupte ich, daß sie erst durch Labeo auf die Höhe klaren und männlichen Selbstbewußtseyns erhoben, durch Julian, Papinian und Ulpian zur Vollendung gebracht worden ist. Die Wissenschaft zeugt nicht aus dem Nichts, aber indem sie die Vorschriften in Lehren, die Rechtssätze in Lehrsätze umsetzt, das gedankenmäßig Verwandte zusammen, das gedankenmäßig Fremde auseinander stellt und aus dem Princip der

*) Vergl. oben Excurse S. 43.

**) s. S. 255 u. 260.

freien Intelligenz ihre Synthese und Analyse übt: arbeitet sie schöpferisch und vermehrt den geistigen Vorrath der Menschheit. Das aber hat die Röm. Jurisprudenz namentlich erst seit Labeo geleistet, und der Schulengegensatz ist für diese Arbeit von eminenter Bedeutung. Indem die beiden Schulen mit der Einseitigkeit der vollen Energie die beiden großen Pole der Bewegung festhielten, die Proculianer vornehmlich den Grund, die Sabinianer den Zweck der Dinge betonten, jene am Firmament der *subtilitas* die festen Linien der Rechtsidee mit unerschrockner Consequenz zogen, und diese auf dem Boden der *utilitas* die freie an alle Interessen sich anschmiegende Beweglichkeit proclamirten: entwickelte sich im freien Streit und Spiel der Kraft und Gegenkraft gleichsam eine mittlere Strömung ruhigen Schaffens, auf welcher mit vollen Segeln und majestätisch jene *aequitas*, die *viva vox juris*, dahintrieb. So kam das Recht zum Bewußtseyn, und das immanente System trat aus der Masse hervor, das historische Chaos fügte sich zur wunderbaren Ordnung, und was Scaevola und Sulpicius geahnt hatten, das verwirklichte sich von nun an; die Casuistik ward zur Plastik, die Technik zur Kunst. Cicero (*de orat. 3, 45*) sagt von der menschlichen Gestalt: *Referte nunc animum ad hominum formam et figuram; nullam partem corporis sine aliqua necessitate affictam totamque formam quasi perfectam reperietis arte, non casu.* Eine solche Gestalt ward mit und seit Labeo das System des Röm. Rechts im Spiegel der Jurisprudenz; es trat hier nun zu Tage, wie eines sich ans andre reiht, alles bedingt durch alles, nichts überflüssig und willkürlich, jegliches an seinem Platze und eben da, wohin es gehört, ist, ein kräftiger Gliederbau ohne Ueberladung und voller Schwung, einfach und ebenmäßig, wie es einer Schöpfung des classisch-antiken Genius ziemt und eignet. Auf dieser Gestalt ruhte das Augenpaar der Röm. Jurisprudenz, bis es gelungen war, sie in ihrer vollen Plastik zu ergreifen und vom nebelhaften Hintergrunde des nationalen Instinctes abzuheben: zwei Augen gehören dazu, um eine reale Lebensfülle in ihrer plastischen Perspective zu er- und begreifen, diese Augen waren die zwei Schulen. Wer ihre Nothwendigkeit nicht versteht, wird auch nicht verstehen, warum wir mit zwei Augen und nicht als Polypheme geboren werden.

D. Weil man die innere Bedeutung der beiden Schulen nicht zu ergründen vermochte, hat man sie geleugnet. „Nach der gangbaren Ansicht soll die Opposition der Schulen lediglich durch die Individualität von Labeo und Capito, namentlich durch die Verschiedenheit des politischen und philosophischen Glaubensbekenntnisses derselben, herbeigeführt worden seyn" (Dirksen Beiträge z. Kunde d. R. R. 1825. S. 126); Alles sollte darauf beruhen, daß Labeo ein Republikaner blieb, oder daß er ein Stoiker war. „Auf die mannichfaltigen inneren und äußeren Widersprüche dieser Hypothese ist schon von Anderen aufmerksam gemacht worden.' Heineccius (*Hist. jur. Rom. I. § 195*) erinnert, daß die angebliche politische Richtung der beiden Sectenhäupter mit der literarischen durchaus nicht zusammentreffe, indem Labeo als Politiker un-

bedingt dem Alten, als Literator dagegen dem Neuen gehuldigt haben soll; während in Capito's öffentlichem Treiben das gerade entgegengesetzte Verhältniß sich darbiete. Man kann hinzufügen, daß schon der nächste Nachfolger Labeo's, nämlich Nerva, dem politischen System seines Lehrers untreu wurde, und dies in noch ungleich höherem Grade bei Pegasus der Fall gewesen seyn soll. Der Ansicht, daß die Anhänglichkeit an die Lehrsätze der Stoa ein Kriterium der Ansichten Labeo's und seiner Schüler sei (welche Meinung man irrig dem Cujacius zugeschrieben hat, indem dieselbe vielmehr erst durch Merillius recht eigentlich begründet worden), ist bereits von Mascov (*Diatr. de sectis Sabin. et Procul. Lips. 1728. c. 1. § 2*) widersprochen und dargethan worden, daß in den Ansichten der Anhänger beider Schulen der Einfluß der, zur Zeit der Blüte derselben in Rom allgemein herrschenden, Stoischen Philosophie unverkennbar sei" (Dirksen S. 128). Hugo endlich (Geschichte d. R. R. 9. Aufl. S. 764. 775) erklärt mit mehreren Anderen die Sabinianer zu strengen Verfechtern desjenigen, was sie in den Werken der älteren Rechtsgelehrten vorfanden.

E. Unter Denen, welche einen tieferen Gegensatz und zwar im Bereiche des Rechts selbst annehmen, ist bisher diejenige Ansicht am meisten verbreitet gewesen, nach welcher Labeo's Schule sich überall an die Consequenz des strengen Rechts, Capito's Schule lediglich an die Billigkeit gehalten habe; am ausführlichsten ist diese Ansicht von Hommel (*Disp. de principali causa dissensionum inter Lab. et Cap. Lips. 1750. § 2. 7.*) verfochten worden, und ihm sind Terrasson, Bach und Mühlenbruch gefolgt (s. Dirksen S. 42); aber freilich bei der mangelhaften Schärfe dieses Kriteriums ist es kaum zu verwundern, daß von Einigen, die es adoptirten, gerade entgegengesetzt die Proculianer zu Vertretern der Billigkeit gemacht werden konnten (Dirksen S. 45).

Nach Dirksen (S. 46—49. 124) liegt das Kriterium überhaupt nicht in der Sache, sondern in der Methode: „Nach meinem Dafürhalten bestand die Grundverschiedenheit beider Juristenschulen darin, daß die Secte der Sabinianer die Prämissen zu ihren Entscheidungen hauptsächlich aus der Erfahrung entlehnte, während die andere mehr auf den inneren Grund der Erscheinungen einging, und ihr Raisonnement vornehmlich auf die genauere Berücksichtigung der eigentlichen Beschaffenheit, d. h. des Zweckes und Zusammenhanges, eines jeden positiven Rechtsinstituts stützte. Zu dem Ende hielten sich die Sabinianer mit einseitiger Strenge an den Buchstaben des positiven Rechts, in dessen Ermangelung aber an eine analoge Bestimmung der einheimischen Rechtsverfassung, und nur *in subsidium* recurrirten sie auf das natürliche Gefühl für Recht und Billigkeit. Die Proculianer dagegen ließen der Speculation freieren Spielraum; nicht aber, wie man häufig geglaubt hat, um die bestehenden positiven Regeln zu umgehen und andere an deren Stelle zu setzen, sondern umgekehrt, um jene Regeln ihrem eigentlichen Zwecke und der Absicht ihres Begründers gemäß

zu erklären und anzuwenden. Sie sahen überall auf die *ratio* jeder Gesetzesvorschrift, und recurrirten, in Ermangelung einer ausdrücklichen positiven Entscheidung, auf die Idee des vorliegenden Rechtsinstituts, nicht aber auf entfernter liegende Analogien, und noch ungleich seltener auf die schwankende Billigkeit. In der Anwendung ihrer, auf diesem Wege gewonnenen juristischen Resultate ließen es übrigens beide Parteien nicht an der erforderlichen Consequenz fehlen, und ein Gegensatz von Strenge und Billigkeit ist in dieser Beziehung am wenigsten bei ihnen zu erweisen." „Die Ueberlieferung der Gelehrten war wohl beiden Juristen mehr Nebensache, und alles drehte sich bei ihnen um die eigenthümliche Art, den positiven Stoff zu würdigen und zu behandeln. Die Vorzüge eines blendenden Scharfsinns sind fast überall das Eigenthum der Ansichten der Proculianer . . ." aber manche Ansichten der Sabinianer „geben genugsam zu erkennen, wie das mehr der Erfahrung und dem Leben zugewendete Raisonnement dieser Schule bisweilen zu zweckmäßigeren Resultaten geführt hatte, als die ungleich schärfere Syllogistik ihrer Gegner." Diese Ansicht wird von Zimmern (Gesch. d. Röm. Privatr. I. S. 243) vollständig adoptirt und so zusammengefaßt: die ganze Verschiedenheit liege nur in der Art und Weise, den positiven Stoff zu behandeln und auszubilden, und keineswegs habe jede Schule irgend einen festen Lehrbegriff gehabt.

Ich meinerseits nun will, indem ich mich durch diese zwei Ansichten, die Hommel's und Dirksen's, als nicht befriedigt erkläre, doch keineswegs in Widerspruch mit ihnen treten; ich acceptire sie beide gleichermaßen und meine, daß sie in keinem eigentlichen Widerspruche stehen, vielmehr, wenn sie vertieft werden, zusammenklingen. Sie sind auf den richtigen Linien nach Unten, aber nicht in der Tiefe angelangt, und daher ist erklärlich, daß sie in neuerer Zeit wieder verlassen, und die Stellung unsrer Wissenschaft zu dem Problem des Schulengegensatzes eine immer verzweifeltere geworden ist. Strenge und Ungebundenheit des Speculirens gehören allerdings zum Kriterium der Schulen, allein ich möchte die letztere nicht als Billigkeit bezeichnen, da das entsprechende Wort *aequitas* im höhern Sinn etwas ausdrückt, was den Proculianern eben so gut eignet, als den Sabinianern; ich habe oben schon angedeutet, daß ich den Gegensatz in der *subtilitas* und *utilitas* ausgedrückt finde. Das Ausgehen vom inneren Grund der Erscheinungen und die bloße Rücksicht auf die Erfahrung drücken ebenso einen Gegensatz der beiden Schulen aus, allein wenn dann wieder, was erst als Grund der Erscheinung bezeichnet war, Zweck der Regel genannt wird, fühle ich mich auf keinem sicheren Boden der Betrachtung, denn ich halte Grund und Zweck der Rechtsinstitute für die zwei auseinanderliegenden Pole der Construction und Theorie.

F. An Dirksen schließen sich an, ohne Neues hinzuzuthun, Burchardi (Lehrb. d. R. R. I. § 115), Erxleben (Einleit. in d. Röm. Privatr. § 33) und Walter (Gesch. d. Röm. R. II. § 436). Noch Puchta (Cursus I. § 98), welchem Vering (Gesch. u. Instit. d. Röm. Privatr.

S. 18) folgt, hält daran fest, daß ein gewisser Unterschied beider Schulen bestehe: „Aeußerlich ist es der Gegensatz zwischen dem Vertrauen auf überlieferte, durch bewährte Autoritäten unterstützte Sätze und Meinungen, und dem der eigenen Kraft bewußten, auf die Nothwendigkeit des Fortschreitens sich berufenden Neuerungstrieb, welcher jene Juristen trennte. Aber daß die Neuerungen Labeo's einen anderen Gehalt hatten, daß sie sich in einer wirklichen Fortbildung der Jurisprudenz zu größerer Vollkommenheit concentrirten, das ergibt sich schon aus dem Erfolg, den seine Ansichten auf eine Zeit hinaus hatten. Der Kern der Thätigkeit Labeo's liegt nicht in einem speciellen philosophischen Princip, das er für die Rechtswissenschaft in Bewegung gesetzt hätte, sondern darin, daß er die Jurisprudenz dem Einfluß der übrigen Wissenschaften öffnete und ihr durch die rechte Anwendung seiner vielseitigeren, historischen und philosophischen Bildung ein neues Leben einflößte. Es ist klar, daß diese Richtung Labeo auf viele neue Ansichten über einzelne Punkte des Rechts führen mußte, die zu Controversen zwischen ihm und Capito wurden, da dieser die bisher geltenden, und namentlich die von seinem Lehrer gebilligten Meinungen festhielt. Diese Controversen pflanzten sich auf ihre Anhänger und Nachfolger fort, und veranlaßten unter diesen die Unterscheidung zweier Schulen, unter denen sie sich noch vermehrten. Der Fortbestand der Schulen ruhte keineswegs auf einer steten Erneuerung jener Grundverschiedenheit in der Behandlung des Rechts zwischen Labeo und Capito, so daß, was von dem wissenschaftlichen Karakter des einen und des anderen gesagt worden ist, auch den Gegensatz zwischen allen Proculianern und Sabinianern bezeichnete. Was diese Schulen zusammenhielt, war eine Art Pietät gegen die Lehrer, im Zweifel die Ansicht derselben zu vertheidigen, und das Bedürfniß, das der Anhänger empfand, sich an eine etablirte Autorität anzuschließen. Nicht die Schulen machten die Controversen, sondern die Controversen machten die Schulen." Es erhellt sofort, daß auch in dieser Auffassung eine Abschwächung des Gegensatzes enthalten ist. Nur der allgemeine philosophische Zug des Labeo soll den Anstoß gegeben haben, neue Ansichten über einzelne Punkte des Rechts sollen daraus hervorgegangen seyn, persönliche Pietät und nicht sachliche Principmäßigkeit soll die Schulen fortgeführt, und an dieser Pietätsschnur sollen die Controversen wie einzelne angereihte Perlen gehangen haben. Es erhellt, sage ich, sofort, daß damit die historisch-organische und tiefere juristische Bedeutung des Schulengegensatzes in der That geleugnet ist, und es ist nicht zu verwundern, daß hiernach Rein (Privatr. d. Römer. 1858. S. 77) auf die Aufstellung eines Kriteriums verzichtet. Wichtiger und bezeichnender als diese ablehnende Haltung eines Philologen aber ist, daß die zwei Juristen, welche zuletzt sich selbständig über unsre Frage erklärt haben, in die rückhaltloseste Negative zurückgesunken sind. Esmarch (Röm. Rechtsgesch. S. 272. 273; dazu S. 304) bemerkt: „Ein trennendes Grundprincip ist nicht zu entdecken, und über-

haupt ein wesentliches Einwirken dieser Spaltung auf den Gang der Wissenschaft nicht nachzuweisen. Was feststeht, kommt darauf hinaus, daß gewisse zweifelhafte Fragen, meist untergeordneter Bedeutung, von der einen Schule so, von der anderen anders beantwortet sind. Neigung oder Zufall trieb den Einen in des Proculus, den Anderen in des Cassius Hör- und Sprechsaal. So erklärt sich leicht die Fortpflanzung. Wer mehr hinter der Sache suchen will, verläßt den Boden des Beglaubigten." Mit Esmarch stimmt Rudorff (R. Rechtsgesch. § 66. 71), so verschieden sonst die rechtsgeschichtliche Arbeit beider Rechtslehrer ist, hier überein, wenn er sagt, daß jene Parteien durch die forterbende Autorität bestimmter Lehrer gebildet wurden, indem gewisse Rechtssätze unter ganzen Successionen von Juristen streitig wurden, und über „die ganze Erscheinung, ihr Verblassen und Verschwinden" nichts weiter zu sagen weiß, als daß sie „mit dem Abschluß des Rechts der absterbenden Republik im engen Zusammenhang" stehe.

G. Knüpfen wir nun gerade an dieser letzten Aeußerung an. Wir beginnen mit dem, womit die bisherige Jurisprudenz aufhören zu wollen scheint. Allerdings hängt unzweifelhaft der Ursprung der Schulen mit der Wendung der Dinge unter Cäsar und Augustus eng zusammen. Wie konnte das auch anders seyn! Die Röm. Juristen standen mitten in der Strömung des Volksthums, sie waren ebenso Praktiker als Theoretiker, ihre wissenschaftliche Stellung mußte zugleich eine Stellung zu den großen Nationalangelegenheiten seyn, und die tieferen Fragen der Nationalwissenschaft der Römer mußten eng zusammenhängen mit den Fragen des nationalen Rechts- und Staatslebens. Dieses nun erlitt gerade damals einen höchst bedeutenden Umschwung. Alle fremden Einflüsse, denen Rom seit 2—3 Jahrhunderten ausgesetzt gewesen, wurden zu einem einheitlichen Gesammtresultat formulirt, hiermit ein neuer Boden geschaffen und eine Summe neuer Ausgangspunkte aufgestellt; das Neue war also, daß das fremde Element nun als System auftrat, und daß alles weitere Neue sofort in ein geschloßnes System eintretend besondere Wucht erhielt. Dieses System stand im Widerspruch mit dem eigentlich nationalen Geist des Römerthums, und darum konnten viele Röm. Geister sich nicht in dasselbe finden und fügen. Das neue Principat mit seiner Begünstigung peregrinischer Elemente, mit seinen militärischen Neuerungen und materialistischen Legislations-Experimenten machte Ansprüche an die Denkweise der Römer, welche deren occidentalen Geist an der Wurzel antasteten und nur von leichtlebigen, principlosen, materialistisch gesinnten Geistern mühelos befriedigt werden konnten. Wie tief griff die Augusteische Gesetzgebung hinein in das nationale System der privatrechtlichen Machtvollkommenheit des *paterfamilias!* Solchen Ansprüchen gegenüber flüchteten sich die ächtrömischen Seelen in das ideale Gebiet der Philosophie, gewannen hier einen Centralpunkt der Anschauung, von welchem aus sie nicht in Widerspruch zu den nationalen Elementen des Rechts geriethen, vielmehr zur Möglichkeit gelangten, den Römergeist im natio-

nalen Sinn und doch den Anforderungen des fortschreitenden Verkehrs gemäß fortzubilden und die Wissenschaft des Rechts zu vervollkommnen, ohne deren nationales Gepräge zu opfern. Ein Zug des Idealismus beherrscht das ganze Röm. Recht, diesen Grundzug für die Jurisprudenz geltend gemacht und auf lange Zeit gerettet zu haben, ist das Verdienst derjenigen Schule, deren Stifter wohl der größte, d. h. ursprünglichste und fruchtbarste Denker unter allen Röm. Juristen gewesen ist.

H. Der Dualismus der beiden Röm. Juristenschulen hat mir immer den Eindruck einer der erhabensten cultur- und wissenschaftsgeschichtlichen Erscheinungen gemacht. Durch drei oder vier Generationen gehen die beiden Schulen wie zwei Dynastien nebeneinander hin, gleich jenem spartanischen Doppelkönigthum, durch welches zwei selbständige Königsgeschlechter gleichzeitig den Thron besetzten, — auch darin dieser einzigartigen Institution ähnlich, daß, wie die Dynastien der Agiden und der Eurypontiden nicht nach ihren eigentlichen Stiftern (Eurysthenes und Prokles), sondern nach Abkömmlingen derselben genannt waren, so auch die Schulen des Capito und Labeo nicht von diesen ihren Namen trugen. In jenem Dualismus der Dynastien müssen zwei tief wurzelnde politische Principien ihren Ausdruck gefunden haben, und erst neuerdings ist gezeigt worden, wie dieser Dualismus in den nationalen Elementen des Spartanerthums begründet war. Ebenso müssen wir auch in die Tiefe des Röm. Nationalgeistes herabsteigen, um den eigentlichen Quellpunkt des Schulendualismus aufzugraben.

Der Gegensatz kann nicht ein Gegensatz der Personen, etwa wie der des Cujacius und Donellus im 16. Jahrhundert, gewesen seyn, denn wie wir z. B. aus *fr. 28. D. de rer. dom. (41, 1)* sehen, gingen zuweilen Labeo und Sabinus zusammen, während Proculus von seinem Meister abwich. Es kann auch nicht der abstracte Gegensatz des Stehenbleibens und des Fortschreitens gewesen seyn, denn Sabinus, der sonst sich den Augusteischen Neuerungen bereitwillig hingab, hielt an der Mißachtung der Arbeit fest, während Labeo deren Beachtung in die Jurisprudenz einführte. Der Dualismus war also nicht ein zufälliges Geflechte persönlicher Befehdungen und nicht eine politische Parteiung; es war auch nicht der Gegensatz irgend welcher damals gerade herrschender philosophischer Systeme, sondern ein zugleich bestimmteres und allgemeineres Lebensgesetz der Art, wie es bei großartigen Evolutionen, wo es sich um Erschließung einer mächtigen zur Formulirung drängenden Geistesfülle handelt, unausbleiblich zü Tage kommt. Der Gegensatz war im Grunde ein nationaler, insofern Römer- und Peregrinenthum mit einander rangen, und im letzten Grunde ein allgemein menschlicher, insofern dabei das Grundverhältniß des Menschen zu seinen letzten und höchsten Culturaufgaben in Frage kam: es war also mit einem Wort ein culturgeschichtlicher Gegensatz im tiefsten Sinn, und ein Gegensatz, der eben darum auf jedem Hauptblatt der Culturgeschichte wiederkehrt. Anderwärts ist er begriffen worden, sollte er auf Röm. Boden ein ungelöstes Siegel bleiben?

J. Wir sehen, wie die Geschichte der hellenischen Plastik, als sie durch die Entzweiung des hellenischen Geistes aus den Banden der Tradition sich befreit fühlte und so zum Vollbewußtseyn ihrer Aufgaben und Kräfte gelangte, durch Phidias und Myron in die zwei Strömungen des Idealismus und Naturalismus auseinanderging, um jenes fruchtbare Eiland zu bilden, aus dessen Boden so zahlreiche und herrliche Denkmäler der plastischen Phantasie emporwuchsen. Der eine Strom entsprang, so könnte man sagen, einem innersten Lebenspunkte des hellenischen Volksthums, er war die eigenste Nationalthat des hellenischen Genius, und ein Aufblitzen der inneren Geisteswelt; der andere Stom entsprang an der Peripherie des Geistes, da wo dieser sich mit der Fläche des äußeren Lebens berührt. Wir können jenes die Intuition und dieses die Imitation nennen. Jene gab das Samenkorn, das in den Boden der Imitation gesenkt werden mußte, diese gab den Nahrstoff zum Wachsthum und leistete Ammendienst. Nicht anders war es in Rom; nur, daß hier an die Stelle der Phantasie die Welt der Energie getreten war. Als der nationale Boden durch die Revolution der Bürgerkriege hinreichend gelockert war, nun das Gewitter in Ruhe überging, und die Reflexion die Arbeit jener Wissenschaft der Energie begann: mußte die Röm. Jurisprudenz es zu einer gesonderten Vertretung des Idealismus und des Naturalismus bringen.

Was Phidias für die Skulptur, war Polygnotos für die Malerei, und der Polygnotenschule trat wieder die von Zeuxis, Parrhasios und Timanthes vertretene Richtung gegenüber: wie Polygnotos der Geistesverwandte des Labeo, war Zeuxis der des Capito und Parrhasios der des Sabinus in mehr als Einer Beziehung. Wolfg Helbig (Fleckeisen's Neue Jahrbb. f. Philol. u. Pädag. 1867. S. 649ff.) sagt über diesen Gegensatz: „Wie in wenigen späteren Werken trat in den Schöpfungen des Polygnotos der ganze Ideengehalt der gleichzeitigen Epoche zu Tage. Der Erhabenheit der Gedanken entsprach die Form, welche ideal war im höchsten Sinn des Wortes. Aristoteles (Poetik 6) nennt den Polygnotos ἠθογράφος und behauptet, daß, wie den Tragödien der Neueren im Verhältniß zu den Aelteren, so den Werken des Zeuxis gegenüber denen des Polygnotos das Ethos abgehe. Ethos ist nach der Aristotelischen Definition der Elemente der Tragödie der unveränderliche, von den einzelnen Situationen durchaus unabhängige Grundkarakter der Personen, der bei der jedesmaligen Situation die Affecte des Individuums und seine Handlungsweise bestimmt. In großartiger Weise stellte sich dieses Ethos in der Malerei des Polygnotos dar und ließ Affect und Handlung als ihr organisch-nothwendiges Product erscheinen. Wie Dion. Hal. (Rhetorik 10. 11) in der Beredtsamkeit als Consequenz des Ethos das μεγαλοπρεπές bezeichnet, so erschienen die Gestalten des Polygnotos, wie Aristoteles (Poetik 2) sagt, großartiger als die Wirklichkeit. Frei von allen Zufälligkeiten und Mängeln der Wirklichkeit waren sie vom Künstler der Idee nach geschaffen, welche sie zu verkörpern hatten. Polygnotos stellt in der Entwicklung der

Malerei ein ähnliches Stadium dar, wie Phidias in der Skulptur. Beide erhoben sich zur höchsten Idealität in Gedanken und Form. Der Ausdruck ruhiger Großartigkeit war eine Grundbedingung der Schöpfungen beider Künstler. Einerseits trug dieses Kunstprincip nicht wenig dazu bei, die Gestalten der Künstler wie einem höheren Daseyn angehörig erscheinen zu lassen, anderseits aber beeinträchtigte dasselbe einen allseitigen und unmittelbaren Ausdruck der psychologischen Entwicklung und die Darstellung mannichfacher Karaktereigenschaften, die mit ihm in Widerspruch standen. Kamen doch mehrere Göttertypen, deren Idee diesem Principe widerstrebte, wie die der Aphrodite und des jugendlichen Dionysos, in der damaligen Skulptur zu keiner vollständig klaren und ihr Wesen erschöpfenden Entwicklung, und ordnete sich selbst im Portrait die Darstellung der Karakterindividualitäten diesem Kunstprincip unter. Erst einer folgenden Periode der Malerei, und einer beträchtlich später eintretenden Entwicklung der Skulptur war es beschieden, die mannichfaltigsten psychologischen Affecte und Karakterindividualitäten zu freiem und unmittelbarem Ausdruck zu bringen. Was Aristoteles über das Verhältniß des Polygnotos zu Zeuxis bemerkt, kann auf das Verhältniß angewendet werden, in welchem Phydias zur jüngeren Attischen Schule steht."

Wer erkennt nicht in dieser Bloßlegung der Wurzeln eines grundsätzlichen Unterschieds den Gegensatz der Proculianer, welche das beharrende Ethos und die der *gravitas* entsprechende *subtilitas* vertraten, und der Sabinianer, welche sich dem Wechsel individueller Situationen hingaben und der der *venustas* entsprechenden *utilitas* huldigten, wieder? In Polygnotos wie in Labeo offenbarte sich der streng nationale Geist und die reinste Seele der classischen Antike, welche den strikten Gegensatz zum orientalischen Barbarenthum formulirten; Parrhasios, der leichtblütige und empirisch beobachtende Jonier, vertrat die orientalisirende Naturalistik; was die Jonier aber für Hellas, eben das waren die Sabiner für Rom, und es ist ein glücklicher Zufall, daß auch der Jurist, welcher zuerst mit Entschiedenheit dem Röm. Geiste in der Jurisprudenz die große Heerstraße nach dem Orient eröffnete und den Naturalismus zum System erhob, den Namen Sabinus trug.

Sollen wir noch fortfahren in der Aufführung cultur- und kunstgeschichtlicher Parallelen und etwa an die gleichfalls mit großartiger Gesetzmäßigkeit sich vollziehende Scheidung zweier Grundrichtungen in der italienischen Malerei des Mittelalters erinnern? Auch hier kommen wir schließlich auf den Gegensatz des Idealismus und Naturalismus, wie wir überall, bei allen großen Culturschöpfungen und Culturwendepunkten, auf diesen tiefen Gegensatz treffen und in ihm die Lösung vieler Räthsel finden. Auch in der Geschichte der Philosophie und der Wissenschaft überhaupt wird an denselben Gegensatz das tiefere Verständniß der Gesetze ihrer Entwicklung immer und immer wieder anknüpfen müssen. Auch ich komme auf diesen Gegensatz, den wir in

der hellenischen Kunst so deutlich erkannt haben, in der Geschichte der Röm. Jurisprudenz an dieser Stelle zurück.

K. Wie eine jede schöpferische That ihren Grund und ihren Zweck hat, so auch die Erzeugung des Rechts.* Der Grund des Rechts aber liegt im Geiste des Menschen: so geht denn der Rechtstrieb von einem inneren Geisteskern aus und strebt, das Gebiet der Energie nach den derselben inwohnenden Gesetzen, nach den im Wesen des reinen Rechts gegebenen Regeln zu organisiren; er durchmißt gleichsam einen erhabenen lichten Raum und spinnt seine Fäden aus sich selbst, schaffend wie aus dem Nichts, unbekümmert um alles Nichtwesentliche, Aeußerliche und Zufällige, ja die in Raum und Zeit gesetzten Mannichfaltigkeiten gern verachtend. Ist doch der persönliche Geist in seinem innersten Kern in der That ein über Raum und Zeit erhabenes und in sich selbst ruhendes Wesen. Stolz überschaut der Rechtstrieb von dieser Aetherhöhe herab die Niederungen des wirklichen Alltagslebens, und also beherrscht er sie. Ohne solchen Aufschwung würde kein Schaffen im großen Styl gelingen, und auch das Recht und die Wissenschaft des Rechts müssen diese reine und freie Luft geathmet haben, wenn sie nicht eine bloße Magd der gemeinen Wirklichkeit, sondern Königin des Lebens seyn wollen. Wie die Kunst, so würde auch das Recht herabgewürdigt und seines edlen Marks beraubt, wenn es bloß zum Dienst für die Interessen des Lebens da seyn sollte; denn macht nicht das Recht auch Ansprüche ans Leben, an die Menschen, an die Gesellschaft, und hat es nicht auch den Stimmungen Maß und den Strebungen Richtung und Halt zu geben, Leidenschaften zu zügeln und den Trägen und Bequemen wach zu rufen? Und muß es nicht Manches versagen, was der Tagesströmung als wichtiges Interesse gilt, ja wohl gar als eine Lebensfrage proclamirt wird und vor dem oberflächlichen Blick als eine Nothwendigkeit erscheint?

Aber freilich das Recht darf nicht in solcher Höhe verharren, es muß sich herablassen, um den Windungen des Lebens nachzugehen, und die Wirklichkeit in ihren verwickelten Falten aufzusuchen, um sie allmählich zu durchdringen und den berechtigten Individualismen gerecht zu werden. So gewinnt auch das Zweckmoment seine Bedeutung, die Empirie kommt zu ihrem Recht, das Recht erfüllt sich mit den realen Stoffen des Lebens und spiegelt nun mehr oder weniger dessen Mannichfaltigkeit und Beweglichkeit wieder; es senkt sich wie ein lebenskräftiger Keim in den Boden, und gedeiht so, indem es etwas von der Art der localen Bodenschichten in sich aufnimmt, aus den Wellen temporaler Neigungen und Moden trinkt und sich anfrischt. So sättigt es seinen Körper mit Motiven und Interessen aller Art, welche das Recht in Zusammenhang mit den verschiedenen Seiten des Culturlebens bringen. — Stammte das Recht nicht von Oben, aus jener idealen Höhe, so würde es sicher in der gemeinen Wirk-

*) s. oben Excurse S. 3—7.

lichkeit sich und seine Aufgabe verlieren; von dort hat es seinen Schwung, wie es von Unten seine Fülle empfängt.

Wo diese Richtungen des Grundes und des Zweckes einseitig auftreten, erscheinen sie als Idealismus und Naturalismus.* Ich habe sie zunächst als Gegensätze des schöpferischen Rechtstriebes aufgezeigt, allein was von der praktischen Arbeit des Rechtstriebes gilt, hat sich bei den Römern dann im theoretischen Rechtsbewußtseyn der Kaiserzeit fortgesetzt: war doch die Jurisprudenz der Römer zugleich auch eine schöpferische Triebkraft des nationalen Geistes. Was im Gegensatz des *jus civile* und *honorarium* vorgebildet schien, wiederholte und spiegelte sich in dem Gegensatze der Proculianer und Sabinianer; die Ersteren vertraten den idealistischen Geist des Römerthums, die Anderen den naturalistischen Sinn des Peregrinenthums in der Wissenschaft und Speculation, und da das Principat sich vornehmlich auf das Peregrinenthum stützte, so war es eben natürlich, daß die Sabinianer am raschesten sich mit der neuen imperatorischen Entwicklung befreundeten. Der Sabinianismus im Röm. Recht ist der Blick nach dem Orient, im Osten aber wog der Hellenismus vor: so könnten wir auch sagen, daß mit Capito und Sabinus die hellenistische Wendung der Röm. Rechtswissenschaft ihren Anfang nahm, und die Bahn eröffnet ward, auf welcher das Röm. Recht schließlich über sich selbst hinauskam. Es führt eine Kette von Sabinus bis Hermogenian, welche ganz parallel läuft der Kette von Augustus bis Diocletian.

L. Was eben angedeutet wurde, ist nicht ohne Weiteres durch die bisherigen Leistungen unserer dogmengeschichtlichen Jurisprudenz beglaubigt, und auch an dieser Stelle ist es unmöglich, die eigentliche Beweisführung hinzuzufügen.** Hier mögen nur einige Spitzen kurz berührt werden, welche gleich Signalstangen dem vorläufigen Blick die rechte Richtung geben. Die Linie im Großen und Ganzen ist ja dadurch vorgezeichnet, daß vom allgemeinen Gesichtspunkt aus festgestellt werden konnte, wie eben jener Gegensatz des Idealismus und Naturalismus durch die ganze damalige Entwicklung bedingt, und wie er ein solches Postulat der Zeit war, daß er von uns vermuthet und ersonnen werden müßte, wenn es an allem positiven Anhalt fehlte. Ist die Jurisprudenz der Römer wirklich von der culturgeschichtlichen Bedeutung gewesen, wie immer angenommen worden ist, so muß auch ihre Geschichte Erscheinungen von solcher Höhe und Tiefe aufweisen, wie sie im Obigen angenommen und durch culturgeschichtliche Parallelen ins Licht gestellt wurden.

Die menschliche Phantasie, Idee und That ist ein ideales Moment gegenüber dem von der Natur gebotenen Material: Labeo hat es in seiner Specificationstheorie und dann in seinem Lehrsatze vom ἀποτέ-

---

*) s. unten Excurse Thl. II. Buch I. Kap. I. No. II.

**) Es muß diese Beweisführung für ein selbständiges Werk vorbehalten bleiben, in welchem alle bekannten und vermuthlichen Controversen der beiden Schulen einer inneren Würdigung im Zusammenhang zu unterwerfen sind.

der hellenischen Kunst so deutlich erkannt habe. — Ein idealer Zug
der Röm. Jurisprudenz an dieser Stelle zurück en nur durch ein *in con-*
K. Wie eine jede schöpferische That ihr ile Kraftwirkung durch die
hat, so auch die Erzeugung des Rechts.* der civile, Kraftäußerung para-
liegt im Geiste des Menschen: so geht ie wir aus der Streitfrage über
inneren Geisteskern aus und strebt, in *fr. 107. D. de sol.* (*46, 3*) und
derselben inwohnenden Gesetzen, ießen müssen, ein Einfluß der Sabinia-
gegebenen Regeln zu organisir *solutio* als voller Tilgungsgrund aner-
benen lichten Raum und spir ilgungsgründe später sogar vorangestellt
wie aus dem Nichts, unbe ennungen drücken sich typische Ideen aus,
liche und Zufällige, ja Geltung einer ganzen Gattung in sich trägt:
keiten gern verachter einer Terminologie ein idealistischer Zug;
nersten Kern in de Terminologie schuf, freilich *figuram verborum*
selbst ruhendes *D. de V. S.*), aber Proculus setzte die Arbeit fort,
Aetherhöhe h und mit dem Wahlspruch: *nominis appellatione rem*
also beherr od.): so erhob er die *appellatio* zum *nomen*, im *no-*
im große die Idee, die Gattung zu Tage, eingerahmt gleichsam
Rechts die terminologische That der Proculianer war zugleich
nicht That. — Während der Naturalismus immer den Um-
Leb rechnung zu tragen bereit ist, liebt der Idealismus Principien
ge Einheit und Zusammenhang: in einem wahrhaft großarti-
fü tritt dieses Bedürfniß eines inneren Bandes hervor in je-
Proculianischen Ansicht, daß eine verlassene Sache erst mit frem-
Besitznahme dem bisherigen Eigenthümer zu seyn aufhöre (*fr. 2.*
D. pr. de derel. 41, 7); offenbar trugen Labeo und Proculus in sich
Bild einer vollständigen Continuität des Rechtsverkehrs, wichtig in
Zeit allgemeiner Gesellschaftsauflösung und commercieller Ato-
mistik; mit diesem Bilde schien der Gedanke unverträglich, daß Sachen,
die einmal hereingehoben in die Rechtswelt den Stempel des Rechts-
objects empfangen haben, ohne Weiteres dieses Stempels wieder ver-
lustig gehen könnten; solches könnte nur durch Laune oder aus Bös-
willigkeit beabsichtigt seyn, was unberechtigte Motive sind; praktisch
wichtig erwies sich diese Ansicht, wenn es sich um Dereliction eines
besteuerten oder mit Servituten belasteten Grundstücks, oder eines von
einer Noxalklage begleiteten Sklaven (*fr. 38. § 1. D. de nox. act. 9, 4*)
handelte, und nicht bloß für das Civilrecht, sondern auch für das Cri-
minalrecht (*fr. 43. § 5. D. de furt. 47, 2*) war das wichtig; allein Sa-
binus, Cassius und Julianus setzten das Derelictionsdogma durch, wel-
ches in seiner gewöhnlichen Anwendung zu billigeren Consequenzen
führte und das Band der Verantwortlichkeit minder straff machte. —
Die *lex Julia et Papia Poppaea*, das *Sctum Vellejanum* und *Macedonia-
num*, die *lex Cincia* und das prohibitive Gewohnheitsrecht *de donis int.
V. et U.* waren dagegen das rechte Feld für die Zweckmäßigkeitser-
wägungen der Sabinianer, die hier sich um die pragmatischen Katego-
rien der *causa dotalis*, *intercessio*, *credita pecunia* und *donatio* bemüh-
ten. — Ferner scheint mir unzweifelhaft, daß die processuale Consum-

'e, in welcher das alte Sprüchwort „*ne bis de eadem re sit* 'isch gestaltet wurde, ein Verdienst des Labeo und seiner 'elche damit der obligationsmäßigen Natur des Proceß- 'ruck verlieh und den Novationskarakter der Litiscon- und auch hier war es dann wieder das Verdienst der ıge Consequenz zu temperiren durch ihr Dogma *aturalis judicio inclusa,* sowie durch ihre Absolutions- ‹ naupt ist Alles, was mit der *naturalis ratio* zusammen- ugsweise auf Rechnung der Sabinianer zu schreiben, aber ..nt scharfer Sonderung ein selbständiges System des *jus natu-* ˇ herausgehoben ward, konnte auch der *subtilitas* Rechnung getragen und die *elegantia juris* gewahrt werden, und das ist es, was zuletzt zu betonen ist, daß die dauerhaften Wahrheiten beider Schulen allmählich ihren Extremen entnommen wurden, und so aus dem Gleichgewicht der Kräfte ein großes allgemein gültiges Resultat entsprang. Zu diesen Resultaten gehört vor allen die Erhebung der Sklaven in den Rechtsstand der Personen; die *subtilitas* und die *utilitas* hatten sich gleichsam in die höhere *aequitas* aufgehoben, und diese war die Mutter jener humanen Theorie, welche den Sklaven *jure naturali* frei erklärte.

V.

Labeo und Gaius.

Zu § **318. 319**] Labeo und Gaius sind die beiden Namen, mit welchen die Schulenkette anhebt und schließt. Wir nennen beide hier zusammen, nicht weil sie auf gleicher Wage gewogen werden könnten, sondern weil der Reiz des Gegensatzes dazu treibt. Labeo steht im Centrum des Röm. Geistes, Gaius ganz draußen an der Peripherie und mitten in der Atmosphäre des Hellenismus. Labeo war ein Genius, der eine Welt von Ideen in sich trug und mit mannhaftem Selbstbewußtseyn dafür eintrat; Gaius war ein Kopf ohne alle eigne Ideen und hielt zu einer Zeit, wo keiner sonst mehr von den Schulen sprach, mit ängstlicher Gespreiztheit den Schild des Sabinus vor sein Lehrbuch. Von Labeo's Leben und Karakter wissen wir verhältnißmäßig viel, von Gaius so gut wie gar nichts: wir erkennen daraus, welchen Werth die Zeitgenossen auf jenen und diesen Juristen legten. Aber die nachclassische Zeit ließ den Labeo in Schatten sinken und erhob den Gaius auf das glänzende Piedestal der Koryphäen: wir erkennen daraus, wie diese spätere Zeit sich von dem Wesen der classischen Antike entfernte, und das Peregrinenthum die Oberhand über das Römerthum gewonnen hatte. Kein Jurist ist so viel, wie Labeo, und kein Jurist so wenig, wie Gaius, von den classischen Juristen der Römer selbst citirt worden, und wenn mit Labeo's Namen das volle Sonnenlicht über dem Hochland der Jurisprudenz hervorzubrechen scheint, so möchte Gaius nur als ein silbernes Mondlicht an demselben Firmamente geachtet werden. Es ist mithin von Aehnlichkeit fast nichts weiter zu merken, als daß beide

Juristen einen Commentar zu den XII Tafeln geschrieben haben, und es wäre interessant zu wissen, wie viel dabei Gaius, der so oft mit Emphase die Sabinianer als die Seinigen aufführt, aus dem Werke des Hauptes der Gegenschule abschrieb.

Labeo hatte nicht bloß bei Trebatius, als dessen Schüler er vorzugsweise gelten kann, sondern auch bei Ofilius gehört; allein er hielt sich durchaus frei von dem Schwören *in verba magistri;* nicht bloß von dem Letzteren (z. B. bei *Gai. 3, 140*), sondern häufig auch von dem Ersteren (s. z. B. *Gell. 4, 2* und Zimmern Rechtsgesch. I. § 80. Anm. 10) wich er ab. Dies folgte aus der Selbständigkeit seines Karakters, die nicht bloß in der politischen, sondern ebenso in der wissenschaftlichen Haltung sich bewährte. Capito galt als sein Gegner, aber feindlich oder neidisch können die Beiden nicht gegeneinander gestanden haben, denn Labeo citirt den Capito (s. *fr. 79. § 1. D. de jure dot. 23, 3; fr. 30. § ult. D. de leg. III.*), und dieser sagt in einem bekannt gewordenen Briefe über Labeo aus, *legum atque morum populi Romani jurisque civilis doctum apprime fuisse* (*Gell. 13, 12*); freilich hält sich in eben diesem Briefe Capito darüber auf, daß Labeo einmal dem Befehl eines Volkstribunen nicht gewillfahrt habe, „*quoniam moribus majorum tribuni plebis prensionem haberent, vocationem non haberent; posse igitur eos venire et prendi se jubere, sed vocandi absentem jus non habere,*“ und Gellius beistimmend nennt das eine *vana fiducia* und ruft: „*quae autem ratio fuit, vocantibus nolle obsequi, quos confiteare jus habere prendendi? nam jure prendi qui potest, etiam in vincula duci potest.*“ Wir wundern uns nicht, daß der epigonische Antiquar Gellius kein Verständniß hatte für den conservativen und scharfen Rechtsstandpunkt eines Juristen derjenigen Zeit, in welcher so Vieles umgestürzt wurde, und alle Grundlagen der alten Rechtsordnung in Frage gestellt schienen, und ebenso begreiflich ist, daß Capito selbst, der eifrige Anhänger des neuen Regimes, in jenem Briefe hinzufügt: „*Sed agitabat hominem libertas quaedam nimia atque vecors, usque adeo ut D. Augusto jam principe et rempublicam obtinente ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod justum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset.*“ Es gibt ja Leute, die es schwer verstehen, wenn ein kräftiger und gewissenhafter Geist nicht jedem Erfolge eines Rechtsbruchs zujauchzt, aber uns gebührt, neben dieser ehrenwerthen Ungefügigkeit Labeo's überdies zu würdigen, wie derselbe Geist in seiner Wissenschaft Neues über Neues zu Tage förderte, während Capito unfruchtbar am Alten hängen blieb. Trebatius hatte dem Augustus Muth gemacht, der neuen Sitte freier Fideicommisse durch seinen Vorgang Sanction zu ertheilen, und es wird von Labeo berichtet (*pr. J. de codic. 2, 25*), daß auch er dieses Institut thatsächlich anerkannt und so den wirklichen Ausschlag gegeben habe: „*post quae tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur;*“ die Autorität des Labeo entschied diese Frage des Privatrechts, über welches er mehr als selbst Augustus zu gebieten schien.

Es war übrigens wohl nicht bloß Widerwille gegen die Flut der Staatsneuerungen, sondern auch das Bedürfniß der ruhigen Sammlung für die wissenschaftliche Arbeit, was den Labeo bestimmte, die Offerte öffentlicher Ehrenämter abzulehnen (Pomp. in *fr. 2 § 47. D. de O. J.*); uns beweist diese Offerte nur, welches Gewicht vom neuen Machthaber auf die Anerkennung des Civilisten gelegt wurde. Labeo's Leben war von juristischer Thätigkeit in Theorie und Praxis angefüllt, wie selten eines Mannes Leben; *„reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur,“* sagt Pomponius und faßt sein Urtheil über diesen Mann im Vergleich mit seinem Gegner also zusammen: *„Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit“*: gewiß ein beträchtliches Lob in dem Munde eines Berichterstatters, welcher sich selbst zur Gegenpartei zählte! Es war ein schönes Bild, dieses neidlose Nebeneinanderstehen zweier solchen Celebritäten, welche von Tacitus (*Ann. 3, 75*) mit Recht als die zwei Friedenszierden dieser eigenthümlichen Zeit gepriesen wurden: *„Capito Atejus Principem in civitate studiis civilibus assecutus; consulatum ei acceleraverat Augustus, ut Labeonem Antistium, iisdem artibus praecellentem, dignatione ejus magistratus anteiret; namque illa aetas duo pacis decora simul tulit; sed Labeo incorrupta libertate, et ob id fama, celebratior, Capitonis obsequium dominantibus magis probabatur; illi, quod praeturam intra stetit, commendatio ex injuria, huic, quod consulatum adeptus est, odium ex invidia oriebatur.“* Eine Illustration dieses bedeutenden Urtheils ist der Umstand, daß Capito verhältnißmäßig selten, Labeo sehr häufig bei den Digestenjuristen citirt wird, und daß, während von Capito's Schriften keine in den Digesten benutzt worden ist, aus zwei Werken Labeo's nicht weniger als 63 Stellen dort Aufnahme gefunden haben. Auch Capito war im Besitze einer nicht gewöhnlichen Gelehrsamkeit: Tacitus (*Ann. 3, 70*) bezeichnet ihn als *humani divinique juris sciens*, Gellius (*10, 20*) als *publici privatique juris peritissimus*, und Macrobius (*Sat. 7, 13*) als *pontificii juris inter primos peritus;* aber weit über ihm ragte an Unabhängigkeit des Karakters und Höhe des Genius sein Parteigegner hervor. Als Labeo bei der von Augustus verstatteten freien *lectio Senatus* den verbannten Lepidus erkor, antwortete er dem Princeps auf dessen Bemerkung, ob es nicht würdigere Römer gebe, stolz: *suum quemque judicium habere* (*Suet. Octav. 54*), und Gellius (*13, 10*) verbreitet sich über die Thätigkeit Labeo's also: *„Juris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit, et consulentibus de jure publice responsitavit. Ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit, et in grammaticam sese atque dialecticam literasque antiquiores altioresque penetraverat, latinarumque vocum origines rationesque percalluerat: eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur. Sunt adeo libri post mortem ejus editi, qui „Posteriores“ inscribuntur; quorum librorum tres continui (38—40) pleni sunt id genus rerum ad enarrandam et illustrandam linguam latinam conducentium. Praeterea*

in libris, quos ad Praetoris Edictum scripsit, multa posuit partim lepide atque argute reperta, sicut hoc est, quod in IV. ad Edictum libro scriptum legimus: Soror, inquit, appellata est, quod quasi seorsum nascitur, separaturque ab ea domo, in qua nata est, et in aliam familiam transgreditur. (Fratris autem vocabulo P. Nigidius, homo impense doctus, non minus arguto subtilique ἐτύμῳ interpretatur: Frater, inquit, est dictus quasi fere alter"). —

Vergl. Neuber Die jurist. Classiker; ein Beitr. z. civil. Biographie. Thl. I. (Berl. 1806.) S. 76—92. Zimmern Rechtsgesch. I. § 66. 82. 83. Puchta Curs. I. § 98. Rudorff Rechtsgesch. I. § 66. 70.

Die wirksamste Folie dieses ausgezeichneten Edelsteins des Römerthums ist der Name desjenigen Rechtsgelehrten, mit welchem Mommsen's glänzende Conjectur neuerdings die bisher unbekannte Classe der Provinzialjuristen inaugurirt hat. Wohl über keinen einzigen unter sämmtlichen Juristen Rom's, selbst vielleicht den alten Q. Mucius Scaevola und den gefeierten Papinian nicht ausgenommen, besitzen wir eine solche Fülle persönlicher Notizen, wie über Labeo, was sich durch den Eindruck der Größe dieses Mannes auf seine Zeit erklärt; das gerade Gegentheil gilt von Gaius. So steht denn dessen Name über einem fast leeren Raume, welcher hinlänglichen Reiz zu Conjecturen bietet. Diesen Raum hat Mommmsen auszufüllen versucht, indem er aufstellt, daß Gaius ein Provinzialjurist zu Troas, einer der *διδασκαλοὶ ἐν ἐπαρχίᾳ διδάσκοντες* (Modest. in *fr. 6. § 12. D. de excus. 27,1*) gewesen sei.

Denn daß er unter den Griechen lehrte und angesehen war, beweist die Vulgärnennung nach dem bloßen Vornamen, die sich nur in griechischen Kreisen, d. h. in der lateinischen Diaspora des Orients, gebildet haben konnte, und mit jener Annahme wird erklärlich, daß von ihm trotz seiner sonst alle Seiten umfassenden schriftstellerischen Thätigkeit keine Responsa vorliegen, daß er in der praktischen Literatur nicht allegirt worden ist, und daß seine Schriften erst lange Zeit nach seinem Tode durch das Citirgesetz nachträglich unter die *Jura* eingereiht worden sind; daß ferner Gaius unter allen uns bekannten Juristen sich durch eine bemerkenswerthe Berücksichtigung des Provinzialrechts auszeichnet, namentlich allein das Edict zwei Mal bearbeitet hat, theils als *Edictum praetoris urbani*, theils als *Edictum provinciale.* Daraus aber, daß Gaius hier den edicirenden Magistrat ohne Ausnahme *proconsul* (nicht *proconsul legatusve Caesaris*) nennt, ist zu vermuthen, daß er das Edict einer einzelnen unter einem Proconsul stehenden Provinz commentirte; es „bleibt die abgesonderte Bearbeitung des Magistratsrechts einer bestimmten Provinz eine für uns einzig dastehende und sehr merkwürdige Erscheinung. War aber Gaius unter allen uns bekannt gewordenen juristischen Schriftstellern der einzige provinziale Jurist, so haben wir auch dazu den Schlüssel.“ Hierzu kommt des Gaius Richtung auf die älteren Quellen des Rechts, die zu einer dem hauptstädtischen Rechtsbetrieb und dem täglichen Rescripten- und

Gutachten-Regen entrückten Professorenexistenz recht wohl paßte, und daß Gaius keinen jüngeren Juristen, als Julian, anführte; ferner daß er der einzige nachaugusteische Jurist ist, welcher die XII Tafeln commentirte, wobei er eine Darstellung der Rechtsentwicklung von Entstehung der Stadt als Einleitung vorausschickte (*fr. 1. D. de O. J. 1, 2*), während es ihm anderseits widerfahren ist, daß er neuere Verordnungen übersah, die er hätte berücksichtigen müssen: so in den Institutionen das schon unter Hadrian erlassene *Sctum Tertullianum* (das jedenfalls vor 161 erlassen war). Dazu kommt die treffende Herbeiziehung einzelner Wörter der griechischen Umgangssprache* (*fr. 25. D. loc. 19, 2; fr. 30. 233. § 2; fr. 236. § 1. D. de V. S.*) und die Berücksichtigung des nichtröm. Rechts, die so, wie bei Gaius, nirgends wieder begegnet, indem er mit den XII Tafeln die Solonischen Gesetze vergleicht (*fr. 13. D. fin. reg. 10, 1; fr. 4. D. de colleg. 47, 22*), und nicht bloß im Allgemeinen das abweichende Recht der Peregrinen (*Gai. 3, 96, 134*), sondern auch im Besonderen das der Galater und Bithyner erwähnt (*1, 55. 193*). In *fr. 7. D. de cens.* (*50, 15*) endlich benennt er 3 Städte der griechischen Reichshälfte und Troas an der Spitze: diese Spuren leiten nach Kleinasien, und überdies führt Obiges uns in eine proconsularische Provinz, also Asia, wenn von der zu weit abliegenden lykisch-pamphylischen abgesehen wird. „So ging denn seine Bearbeitung des Provinzialrechts wahrscheinlich auf denselben Juristen zurück, den er seiner Darstellung des Civilrechts (diese schloß sich nicht an das Compendium des Sabinus, sondern an die *libri XVIII* des Scaevola) zugrunde gelegt hatte; denn es ist guter Grund anzunehmen, daß das von Q. Mucius Scaevola als Statthalter von Asien erlassene Edict für die Folgezeit in dieser Provinz maßgebend blieb; der Senat gab den Nachfolgern Scaevola's die Instruction, sich durchaus nach dessen Verfahren zu richten (*Val. Max. 8, 15, 6;* dazu *Cic. ad Att. 6, 1, 15*); auch das seitdem in Asien gefeierte Mucische Fest mag damit in Verbindung gebracht werden (Drumann Röm. Gesch. VI, S. 53). Nun war Troas eine der namhaftesten Städte der Proconsularprovinz Asia, seit August Röm. Colonie mit italischem Bodenrecht und mit der lateinischen als officieller Sprache, wie ihre Münzen und Municipalinschriften beweisen. So endlich ist es begreiflich, wie die constantinopolitanischen Juristen dazu gekommen sind, auf diesen Localjuristen Rücksicht zu nehmen." Mommsen in Bekker's Jahrb. des gem. R. III. S. 1—15.

Einigen Bedenken, die namentlich in Betreff des allerletzten Gliedes dieser sinnreichen Conjectur auftauchen könnten, begegnet Asher (in Rudorff's Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. S. 87—100). Außerdem ist die Conjectur auch von Bluhme (ebendas. III. S. 452) gebilligt, dagegen von Huschke entschieden und wiederholt bekämpft worden (*Jurispr. antejust. ed. I. p. 77 q.* und i. d. angeführten Zeischr. VII. S. 161—163), so daß die Frage augenblicklich ohne Abschluß ist. Eine

---

*) Vergl. auch den folg. Excurs.

hohe Wahrscheinlichkeit finde ich auf Mommsen's Seite, und die Entdeckung eines orientalischen Provinzialjuristen so werthvoll für die Schattirung unsrer Anschauung vom Röm. Juristenwesen, daß man ungern wieder auf sie verzichten würde. Vielleicht, daß die Gaius-Frage sich bald auf die literarische Werthschätzungsfrage reducirt, was von den Verdiensten dieses Juristen, der jedenfalls nicht zu den Respondirjuristen gehörte, zu halten sei. Vergl. hierüber Rudorff R. Rechtsgesch. I. § 68., Asher a. a. O. S. 86—88 und v. Bethmann-Hollweg ebendas. S. 370—5.

VI.

Die schriftstellerischen Leistungen der classischen Juristen.

Zu § 320] A. Wenn unter „classischen Juristen" oft wohl sämmtliche in den Digesten benutzten Schriftsteller begriffen worden sind, so wird doch darunter im engern Sinn hauptsächlich die nach Ueberwindung des Schulengegensatzes beginnende Reihenfolge — von Julian bis Modestinus — verstanden. Bei ihnen sind, kann man sagen, die Factoren der *subtilitas* und *utilitas* ins Gleichgewicht gekommen, und es ist daraus die formelle Blüte der *elegantia* und die materielle Blüte der *aequitas* hervorgegangen.* Es gab eine Zeit, und es gibt auch zu jeder Zeit Geister, welche für das der Mathematik verwandte dialektische Element im Recht eine besondre Neigung haben: diese, z. B. Leibnitz im vorigen Jahrhundert, bewunderten die *subtilitas* der Röm. Juristen;** mehr Sympathie finden wir bei vielen Heutigen für die pragmatische Gewandtheit und hermeneutische Sagacität der späteren Juristen unter den Classikern, welche dem Utilitätscultus ihrer Zeit dabei Rechnung zu tragen hatten. Aber weder jenes mathematische, noch dieses pragmatische Element der Röm. Jurisprudenz macht deren classisches Gepräge und ewigen Werth aus, sondern jene eben so freie als maßvolle Intuition, welche mit sichrer Haltung und würdevoller Leichtigkeit gestaltet und darstellt, und indem sie lehrt und ordnet, zugleich schafft, indem sie formulirt, zugleich läutert und erleuchtet (vergl. dazu v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. II. S. 84). Das städtische Gepräge† war im Laufe der Jahrhunderte mehr und mehr zur Herrschaft gelangt: man darf sagen, daß dieser Gang des Rechts nun fortgesetzt wurde von der Rechtswissenschaft, welche die Urbanität dem ganzen System in vollendeter Weise aufprägte und den gesammten ursprünglich so rohen und kargen Rechtsstoff von Stufe zu Stufe zu höherer Civilisation und reicherer Entfaltung brachte. Ob auch manche Wissenschaft schöne Züge geschichtlichen Werdens aufzuweisen hat, so läßt sich doch nichts mit Rom vergleichen: wie dieses

---

*) Vergl. Cursus § 19 u. Excurse S. 17 z. A. **) s. Excurse S. 20.
†) s. Excurse S. 196—201.

e unvergleichlich ausdrucksvolle Geschichte hat, so ist
hte der Röm. Jurisprudenz von Coruncanius bis Mo-
Appius Claudius Centimanus bis Hermogenianus
etische Perspective und Gliederung. Sie erinnert
daß Rom eine historische Größe im eminenten

worauf die neuere Mathematik stolz ist: die
Resultate und die Eleganz ihrer Methode.
er classischen Jurisprudenz der Römer.
nitum" (*fr. 2. D. de jur. et facti ign.*
Fäden des Systems festgestellt und
sichrer war das Einzelne im Gan-
folgen und aufzuzeigen: diese
n Gedankens war es, welche
ig. 11, 7), gewöhnlich und
usdruck, welcher nur zu-
..guis utilitas (*fr. 7. § 2. D. de*
2, 1; fr. 12. 14. § 1. D. de exc. rei
, 20), oder *benignitas* (*fr. 38. D. de her.*
eb. cred. 12, 1), oder *humanitas* (*fr. 13. pr. D.*
, 2; fr. 12. § 5. D. de captiv. 49, 5) den Beigeschmack
en und des Subtilen (in unserm Sinn) erhielt. Solche Prä-
ues Denkens hat aber von selbst im Gefolge die Reinheit, Glätte
und Gewähltheit der Gedankenform. Alles erscheint innerlich gebunden, Licenz (*eleganter — licentius: Cic. de orat. 3, 43*) und triviale Breite (*usitatius — elegantius: fr. 137. § 7. D. de V. O. 45, 1*) werden geflohen, jeder Gedanke erhält seinen Platz und jeder Ausdruck seine Function, damit nie zu viel oder zu wenig gesagt werde: auf diese Weise nimmt das Definiren (*fr. 3. § 11. D. ad exh. 10, 4; fr. 12. pr. D. de cond. furt. 13, 1; fr. 21. § 1. D. de dupl. stip. 21, 2*) und das Distinguiren (*fr. 85. D. de legat. 3*) die Eigenschaft der *elegantia* an, welche im Munde der Röm. Juristen so häufig genannt wird, daß man erkennen muß, wie sie auf diese formale Schwester der *aequitas* in der That ein besonderes Gewicht legten. Vornehmlich findet sich jener Ausdruck in Stellen des Pomponius, Julianus, Gaius und Scaevola; und unter diesen scheint es vor allen der Erstgenannte zu seyn, welchem diese Eleganz von Ulpian (z. B. *fr. 9. § 1. D. quib. mod. caus. 4, 2; fr. 7. pr. D. de dolo 4, 3; fr. 23. pr. D. de cond. ind. 12, 6; fr. 19. D. mand. 17, 1; fr. 14. § 1. D. sol. matr. 24, 3*) nachgerühmt wird. Mit Julianus und Pomponius begann die Zeit der classischen Jurisprudenz im engern Sinn, und dies war auch die classische Zeit der civilistischen Eleganz. Zur Eleganz gehört aber vorzugsweise das *bene distinguere*, das Markiren von Unterscheidungen und Schattirungen, das Vermeiden der Entscheidung im Groben, wie wir es z. B. in den *elegantes distinctiones in fr. 85. 86. D. de legat. III.* oder in *fr. 1. § 16. D. de dot. coll.* (*37, 7*) finden. Ich nannte die *elegantia* die Schwester der *aequitas:* man könnte

§. 250. Proculianer und Sabinianer. ... Professorenexistenz ... Juristen, als Julian, ... welcher die ... Rechtsentwicklung ...

diese Verwandtschaft sogar in einem mehrfach wiederkehrenden Quellenausdruck angedeutet finden, welcher im Allgemeinen wohl als gleichbedeutend mit *eleganter* anzusehen ist, aber doch zugleich auch etymologisch auf das *bonum et aequum* (*fr. 32. D. de reb. cred. 12, 1; fr. 3. § 9; fr. 45. § 2. D. de negot. gest. 3, 5; fr. 6. § 2. D. de jure dot. 23,3; fr. 14. pr. D. de temp. praescr. 44, 3*) hinweist: „*belle*" (von *bene*) oder „*bellissime*" (s. z. B. *fr. 53. § 2. D. de legat. II.; fr. 1. § 13. D. ut legator. 36, 3; fr. 2. § 7. D. de suis 38, 16; fr. 7. § 3. D. quod vi 43, 24).* — Es läßt sich das Gepräge der classischen Jurisprudenz, so schliessen wir, mit den eignen Worten derselben nicht kürzer denn also wiedergeben: es war die schöpferische Kraft der *aequitas* in dem Gewande der *elegantia*, mit den Dienerinnen *subtilitas* und *utilitas* zur Seite, oder die juristische Intuition mit dem Schwunge des articulirenden Rhythmus und Accents, in den Schranken des logischen oder dialectischen Metrum und ausgestattet mit der realistischen Fülle räumlicher und zeitlicher Individualisirung.

B. Diese classische Jurisprudenz ist eine der anziehendsten und merkwürdigsten Erscheinungen der Weltgeschichte. Ein Volk der Energie* hat in ihr auf der Bahn der Intelligenz die höchste Höhe erstiegen, und sie war mitten im allgemeinen Verfall des Römerthums und der Welt das letzte (eine Zeit lang) Stand haltende Asyl des Heidenthums für männliche Römerseelen und edle heidnische Karaktere. Auf allen anderen Gebieten der Speculation war das herrschende Volk nur empfangend, hier war es gebend, und während alle anderen Disciplinen der Literatur auf ihrer ganzen Oberfläche die Maalzeichen des traurigen Verfalls trugen, bewahrte die Jurisprudenz sich wunderbar viel von der alten Römerkraft, volksthümlichen Frische und sittlichen Lauterkeit. Der Name eines Labeo hat hier symbolische und prototypische Bedeutung, denn dieser Jurist ächtrömischen Blutes rettete sich und seinen Karakter vor dem Anschwall unrömischer Neuerungen in das ideale und umhegte Reich des bürgerlichen Rechts. Wie die classische Philosophie der Hellenen eine Nachblüte auf den Frühling der Poesie und Plastik gewesen, so die classische Jurisprudenz der Römer eine Nachblüte auf den Frühling ihrer praktischen Staatskunst, welche schon mit Cäsar in die breitere Weltbahn eingebogen war.

Wollen wir aber die Bedeutung dieser classischen Jurisprudenz für die damalige Welt, den letzten Act der Antike, überhaupt verstehen, so müssen wir sie in Zusammenhang mit der damaligen ebenso geistreichen als fruchtbaren Rhetorik stellen. Ebenmaß und Einklang in der Bildung des Bürgers, das war das Ideal der classischen Antike, der heidnischen Civilisation. Aber zur Harmonie des veredelten Menschen und zur vollendet schönen Selbstdarstellung und „Darlebung" gehörten noch die gedankenmäßige Bestimmtheit des Handelns und die selbstbewußte Schönheit des Redens. Auch in Handlung und Wort, Action

---

*) s. Cursus § 27. 51.

und Diction sollte der freie Mann vollkommen seyn, und wir können uns schwer eine auch nur annähernde Vorstellung machen von den grundsätzlichen und sinnreichen Anforderungen, welche die damalige höhere Bildung an die männliche und consequente Lebensbestimmtheit, sowie an die wunderschöne Gefeiltheit und rhythmische Gemessenheit der mündlichen und schriftlichen Rede stellte. Auf diesem Felde nun wirkten zuletzt Römische und Hellenische Begabung zusammen. Mit der bis ins Allerfeinste entwickelten literarischen Sprachkunst hellenistischer Grammatiker und Rhetoren verband sich die wählerische Sorgfalt und Eleganz der großen Röm. Juristen, um so den reichen Kreis der Culturradien zu schließen, welche in dem Centrum des antiken Menschheitsideals zusammentrafen, und einen Weltbürger erster Classe im neuen Styl zu Stande zu bringen. —

C. Der Juristenstand dieser Zeit nimmt seine Stellung über allen daneben genannten Rechtsquellen ein. Zwar sind die Rescripte der Principes in gewisser Beziehung den Responsen der Juristen nahe verwandt; man vergleiche z. B. die Anfrage des Nesennius (in *fr. 22. pr. D. ad leg. Falc. 35, 2*), welcher den Paulus sogar mit *Domine* anredet; es gibt Rescripte und Episteln der Rechtsgelehrten, wie der Regenten; mehrmals werden die *Constitutiones et Sententiae auctorum* zusammen genannt (z. B. in *fr. 4. § 14. D. de doli exc. 44, 4;* selbst in einem Rescript des Ant. Pius: *fr. 32. pr. D. de usur. 22, 1*), und die meisten Edicte, Rescripte und Decrete aller tüchtigen Principes sind unter dem unmittelbaren Einflusse der angesehensten Juristen zu Stande gekommen. Allein mit diesem Vergleich ist die Stellung der classischen Jurisprudenz der Römer noch gar nicht eigentlich gekennzeichnet.

Dieselbe war jetzt der eigentliche Lebensodem des Rechts. Die alten *Leges* und das prätorische Edict würden zu todten Schlacken geworden seyn, die neuen Strömungen der *Scta* und *Constitutiones* würden sich uferlos und schädlich ausgebreitet haben, wenn nicht die immer thätige, ebenso fein- als starksinnige Jurisprudenz dort befruchtet und hier gebändigt hätte. Bald wie Thau oder Regen, bald wie heller warmer Sonnenschein ist sie überall und schwebt hoch über allem Detail, welches vom Absolutismus der Herrscher und vom Materialismus der Unterthanen im Reiche des Rechts gezeugt wird. Die Jurisprudenz dieser Zeit steht auf deren Höhe; sie warnt und ordnet, sie beleuchtet und verbindet, und in aller helfenden Arbeit offenbart sie so viel Kraft schöpferischen Thuns und kämpft in ihrem eignen Schoße so harte Kämpfe des wissenschaftlichen Triebes durch, daß wir meinen, hier noch einmal die unerschöpfliche Energie des alten Römerthums erstehen zu sehen. In einer Zeit, in welcher alles Leben zu hohlen Formen erstarren wollte, waren die juristischen Notabilitäten noch Capacitäten im vollen Sinn. Das durch pietätvolles Wahren des guten Alten geförderte gemeinsame Werk wirkte erklärlicher Weise veredelnd auf den Sinn der Arbeiter, die es förderten. Die Sprache blieb edel und lange ein Abbild und Denkmal des im Uebrigen erlöschenden Genius.

Wir wissen nicht, ob wir mehr den ämsigen Fleiß, der in der That inmitten der allgemeinen Abspannung und Genußsucht der hohen Gesellschaft von damals fast wie ein Wunder erscheint, oder mehr die Frische und Tiefe der Intuition bewundern sollen. Der innere Reichthum, die lebendige Bildsamkeit des Rechts der Römer, die Durchsichtigkeit des ganzen Systems und das vollendete Ebenmaß seiner Grundlinien traten nun unter dem Weckruf der Wissenschaft erst recht hervor, und es war, als wenn das Bewußtseyn hiervon die Juristen selbst mit Eifer erfüllte und ihnen zur Sicherheit ihres Auf- und Umblicks verhalf. Schon in jener alten Definition des *Jus* als *Ars boni et aequi* lag die Idee dieser Harmonie der Theile angedeutet vor: dem feinen Gewissen eines Papinian erschien es als ein inneres Besitzthum der Persönlichkeit, welche von diesem wie von dem eignen Lebensgesetz regiert werde (*fr. 15. D. de condit. instit. 28, 7*), und dem Ulpian stand es vor dem Auge als ein heiliger Tempel, in welchem die Juristen als die Priester der Gerechtigkeit dienten (*fr. 1. § 1. D. de J. et J. 1, 1*). Wir dürfen solche Aussprüche nicht als Einfälle des Augenblicks und wie Phrasen eines heutigen Scribenten ansehen, denn für Phrasen geht man nicht in den Tod: beide, Papinian und Ulpian, auf die höchste Stufe unter dem Kaiser gestellt, haben den Adel ihrer Anschauung und die Strenge ihrer Sitten mit dem Tode gebüßt und besiegelt.

D. Rom war Mittelpunkt und Spitze der Welt; in der Metropole liefen fast immer alle politischen und commerciellen Fäden zusammen, und von da aus erschloß sich die Umschau über alle Länder und Meere; man brauchte nur die Augen offen zu halten, um alle Adern und Falten des menschlichen Verkehrs gewahr zu werden. Und auf dieser Hochwart des Weltverkehrs standen die Juristen Rom's an höchster Stelle, in der unmittelbaren Umgebung des Princeps und betraut mit den einflußreichsten Aemtern; nie ist es der Theorie wieder irgendwo so leicht gemacht geworden, sich mit allen Realitäten des Lebens zu erfüllen. Alles was auf den Höhen der Gesellschaft und in den Niederungen des Volkes keimt und stirbt, in Fluß kommt und starr wird, lag frei vor dem Blicke dieser Juristen; wie die ganze Welt dem Willen des Princeps zur Verfügung stand, so spiegelte sich auch die ganze Welt in der Intelligenz seines Consilium. Wer eine Welt bestimmen, halten und gestalten will, muß sich in ihrem Centrum befinden; keine Welt läßt sich von der Peripherie oder von der Einsamkeit aus bewegen: und wahrlich die Reichsjuristen residirten im Centrum der damaligen Welt, sämmtliche großen Rechtslehrer lebten in der Metropole: darum waren ihre juristischen Ideen wahre Centralideen, und die Tragweite ihrer Impulse durchdringt die weitesten Zeiträume. So haben die Röm. Juristen, was ihnen durch eine seltene Gunst der Umstände gegeben ward, mit Zinsen reichlich zurückerstattet: sie wurden die Lehrer ihres Volkes und der ganzen Welt. Berathend und belehrend wirkten sie mit Mund und Schrift und wurden dadurch die Choragen ihrer Generationen. Sie waren die Rathgeber des Princeps, wie des Plebejers; als Beisitzer in

den Gerichten halfen sie den Magistraten, wie den Geschwornen; wer zu ihnen kam, dem ward ihr Rath gespendet, und zugleich gingen sie selbst in ihren vervielfältigten Schriften hinaus zu den Entfernten ins weite Reich, und sie reden noch heute zu uns und zeigen und lösen uns die Geheimnisse des Rechts.

In ihrer Behandlungsweise entfalten sie die mannichfachsten Reize, und nicht der unwichtigste unter diesen ist, daß zu der Kraft der Selbstbeschränkung auf den einzelnen Fall sich der Blick universeller Vergleichung aller Art gesellt. Wir lesen, wie Sabinus (*fr. 1. D. de contr. emt. 18, 1*), Africanus (*fr. 13. § 1. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5*), Gaius (*fr. 236. D. de V. S.*), Marcianus (*fr. 65. § 4. D. de legat. III*; *fr. 1. D. de m. c. don. 39, 6*), Papinianus (*fr. 9. § 1. D. de supell. leg. 33, 10*), Modestinus (*fr. 4. § 6. D. de gradib. 38, 10*), Claudius Saturninus (*fr. 16. § 8. D. de poen. 48, 19*) auf den Homer — Gaius (*fr. 233. D. de V. S.*) auf den Xenophon — Gaius und Ulpian (*fr. 13. D. fin. reg. 10, 1; fr. 4. D. de colleg. 47, 22*; *fr. 23. pr. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5*) auf Drakon und Solon — Callistratus (*fr. 2. D. de nundinis 50, 11*) auf Platon — Julianus (*fr. 36. D. de solut. 46, 3*) auf den Aristoteles — Paulus und Ulpian (*fr. 12. D. de statu hom. 1, 5; fr. 3. § 12. D. de suis 38, 16*) auf den Hippokrates — Pomponius und Paulus (*fr. 3. 6. D. de legib. 1, 3; fr. 3. D. si pars hered. 5, 4*) auf den Theophrastos — Marcian und Claudius Saturninus (*fr. 2. D. de legib. 1, 3; fr. 16. § 6. D. de poen. 48, 19*) auf den Demosthenes — Marcian (*fr. 2. D. de legib. 1, 3*) auf den Chrisippos Bezug nehmen; wir erfahren, daß Labeo und Gaius die zu ihrer Zeit schon 5 und 6 Jahrhunderte alten XII Tafeln hervorholten, um sie durch ihre Commentare zu verjüngen, und daß Modestin (Pomponius?) ein Werk des Mucius Scaevola, welches vor 300 Jahren geschrieben war, gleichsam von Neuem zu Tage förderte; wir bemerken, wie Ulpian provinzielle Volksitten Arabiens und Aegyptens (*fr. 9. 10. D. de extrao. crim. 47, 11; fr. 55. § 5. D. de legat. III.*) und die Sprachweise Galliens (*fr. 9. § 2. D. de jure dot. 23, 3*), oder Gaius, Julian, Paulus, Vorkommnisse im Peloponnes und in Aegypten (*fr. 7. pr. D. de reb. dub. 34, 5; fr. 36. D. de solut. 46, 3; fr. 3. D. si pars hered. 5, 4;* dazu *fr. 15. 16. D. de statu hom. 1, 5*) oder Javolen und Ulpian Naturerscheinungen Galliens und Asiens (*fr. 18. D. de fundo dot. 23, 5; fr. 7. § 13. D. sol. matr. 24, 3*) ins Auge faßten, und wie sie in ihrer Casuistik alle drei Welttheile, bald Rom und Ephesus, bald Capua und Karthago figuriren ließen (*fr. 2. § 8; fr. 8. D. de eo quod certo loco 13, 4; fr. 5. pr. D. de pec. const. 13, 5; fr. 11. pr. D. de legat. III; fr. 137. § 2. 4. D. de V. O. 45, 1; fr. 98. § 6. D. de solut. 46, 3*). Wenn wir das Alles erwägen, so müssen wir bekennen, den Eindruck zu empfangen, daß wir da in einen Horizont eintreten, welcher alle Größen und Weiten des menschlichen Geistes begreift und nichts, was im Erdenleben wichtig scheint, ausschließt.

E. Ueberblicken wir nun diese weite Fläche, so muß uns Bewun-

derung ob der reichen Fülle zusammentreffender literarischer Erscheinungen erfassen; diese Fülle war nicht eine Ausgeburt krankhafter Geschwätzigkeit und Vielschreiberei, sondern das großartige Ergebniß schöpferischer Regsamkeit. Es ist nicht bloß nebensächlich, daß die juristische Literatur dieser Periode so reich ist, denn mitten in der socialen Entkräftung und sittlichen Verwilderung einer Zeit, in welcher die Masse der Vornehmen wie der Geringen sich an den Genuß des Augenblicks hingab, ragen jener literarische Fleiß und die pietätvolle Ausdauer der Juristen wie Oasen in der Wüste hervor. —

Aber so gern der Blick länger auf solchen Punkten weilte, rasch verschwinden sie, ja überraschend schnell, gleich Oasen im Flugsand der Wüste. Wie die Sprache der kaiserlichen Constitutionen sofort in der nachclassischen Zeit an Einfachheit, Prägnanz und Correctheit beträchtlich einbüßt, so fällt auch die Wissenschaft des Rechts von ihrer Höhe. Es kam ja die Zeit des allgemeinen Verfalls. Aber wie ist es zu erklären, daß der Fall so ein Fall zum Tode war? Die Erscheinung ist fast ohne Gleichen, daß eine so hoch erhobene Wissenschaft so plötzlich in Nichts zusammensinkt und alle folgenden Juristen der Vergessenheit verfallen sind, gleich als wenn dieser Wissenschaft das Epigonenthum erspart werden sollte. War der Stoff mit seinen zahllosen Fragen wirklich so erschöpft? oder waren die Talente der alten Welt zu Ende? So müßten wir fragen, wenn wir nicht wüßten, daß inmittels still, aber siegreich ein frischer aus anderem Anfang quellender Geistesstrom hereingetreten wäre in die alternde sterbende Welt, und eine junge Welt voll neuer Ideen ihre Höhen und Tiefen aufgethan hätte. Was Wunder, daß da der Aufwurf aus dem neugegrabenen Strombett das alte Bett verschloß, und alle erhabnen und tiefen Seelen, welche noch erwuchsen, jetzt dorthin blickten und wirkten. Wenn es wahr ist, was von Manchen angenommen wird, daß Tertullian (s. Rudorff R. Rechtsgesch. I. § 91) der Jurist und der Kirchenvater Eine Person sei, so sähen wir in ihm, dem Classiker und Patristen, wie das Heidenthum seine Talente ans Christenthum verlor.

F. „Den Juristen, gleichsam den Erben des Prätors, wurde zwar nicht die Gesetzgebung, wohl aber die Rechtsauslegung, die Monothesie (*auctoritas conscribendarum interpretandarumque legum*) von dem Principat förmlich übertragen und soweit mit ihnen, als den Repräsentanten der Nation, die Legislatur gleichsam getheilt. Durch diese Einrichtung erhielt das Juristenrecht, welches sich früher auf die Grenzen der Röm. Gemeinde beschränkt hatte, die höhere Bedeutung eines allgemeinen Reichsrechts, aus ihren Responsen erwuchs ein drittes, auch das *Jus Extraordinarium* vertretendes Rechtselement, in ihre Rechtsbücher löste sich die gesammte antike Rechtsbildung (*antiqua prudentia*) auf, bis endlich auch diese Delegation der immediaten und einheitlichen Staatsgesetzgebung der christlichen Kaiser weichen mußte“ (Rudorff R. Rechtsgesch. I. § 62).

Es lassen sich drei Kategorien dieses juristischen Schriftthums un-

terscheiden: 1) Exegetische Werke. Dahin gehören die zahlreichen Commentare über a) die XII Tafeln (z. B. von Labeo und Gaius), b) wichtige Einzelgesetze (z. B. *lex Cincia*, *Falcidia*, *Papia Poppaea*, *Aelia Sentia*), c) einzelne *Scta* (z. B. *ad Sctum Tertullianum*), d) einzelne Constitutionen (z. B. *ad Orationem D. Severi etc.*), e) *ad Edictum Praetoris urbani*, oder *Aedilium*, f) über einzelne Hauptwerke berühmter Vorgänger (z. B. *libri ad Q. Mucium*, *ex Posterioribus Labeonis*, *ad Sabinum*, *ex Cassio*, *Plautio*, *Notae ad Marcellum*, *ad Papinianum* von Ulpian und Paulus).

2) Systematische Werke, und zwar theils a) dogmatische Handbücher des gesammten Rechts: s. g. *Digesta*, z. B. von Julian, Ulpian, Paulus; theils b) Lehrbücher und zwar mit vorherrschender Systematik (*Institutiones*, z. B. von Gaius, Marcianus, Ulpianus) oder mit vorherrschenden praktisch-didaktischen Zwecken (*Regulae*, *Definitiones*, *Memorialia*, *Differentiae*, *Sententiae receptae*, *Quaestiones*, *Disputationes*; z. B. die *Quaestiones* des Africanus, Cerv. Scaevola, Papinianus und Paulus, die *Disputationes* des Ulpianus); c) Monographien, entweder kurz zusammengedrängt (*libri singulares*) oder in Abschnittsreihen (*libri*) gegliedert (z. B. des Neratius *liber de nuptiis*, des Pomponius *libri VI fideicommissorum*, des Modestinus *liber singularis de manumissionibus*).

3) praktische Werke, namentlich die Zusammenstellung von Rechtsfällen und Entscheidungen enthaltend, unter dem Titel von *Responsa*, *Epistolae*, *Casus etc.* z. B. des Proculus, Celsus jun., Neratius *Epistolae*, des Cerv. Scaevola, Papinianus, Paulus und Modestinus *Responsa*.

Daneben stellt Rudorff (Röm. Rechtsgeschichte I. § 63) noch eine Mischgattung auf, wozu er die *Enchiridia*, *Manualia*, *Res quotidianae* einzelner Juristen rechnet. — Vergl. Danz Lehrb. d. Gesch. d. Röm. R. I. § 76.

VII.

Ueberreste und Ausgaben positiver Rechtsquellen.

Zu § **299—303**] 1. *Monumentum Ancyranum* d. h. die lateinisch-griechische Copie eines von Augustus seinem Testamente beigefügten Anhangs, nämlich der *Index rerum a se gestarum* aus dem Jahre 14 n. Chr. Dasselbe ist eine der drei Testaments-Zugaben, welche der Kaiser in Gemäßheit seiner Amtspflicht als Pontifex Max., die öffentlichen Begebenheiten aufzuzeichnen, entworfen und vor seinem Mausoleum in Erztafeln aufzubewahren angeordnet hatte; die beiden anderen, darunter das *Breviarium Imperii*, eine Statistik der Wehr- und Steuerkraft des ganzen Reichs, sind leider verloren, jener *Index* aber wurde in mehreren Städten Asiens nebst griechischer Uebersetzung öffentlich ausgehängt; ein solcher hat sich im Tempel von Angora in Galatia erhalten, eine Anzahl Bruchstücke bloß von der griechischen Uebersetzung auch zu Appollonia. S. Bökh *Corp. Inscr. graec. T. III. No.*

3971. 4040. Suet. Oct. 101. Tac. Ann. 1, 11. Dio C. 56, 33. Franzius u. Zumpt, *Caesaris Augusti Index rerum a se gestarum s. Monumentum Ancyranum (1845).*

2. *Sctum Hosideanum* v. J. 48 n. Chr., welches, um die Alterthümer zu wahren, Kaufgeschäfte über Gebäude auf Abbruch verbietet und den Käufer mit dem Doppelten des Preises (zu Gunsten des Aerars), den Verkäufer mit Nichtigkeit des Geschäfts bedroht. *Tac. Ann. 6, 17; Suet. Tib. 48. 49.* Unter den Trümmern von Herculanum aufgefundene Bronzetafel, jetzt zu Neapel, verbunden mit einer Dispensation von jenem Verbot (durch ein *Sct. Volusianum* v. J. 56). Haenel *Corpus Legum* p. 53. Mommsen Abhandl. der Sächs. Ges. d. Wiss. 1852. S. 272ff. Bachofen Ausgew. Lehren S. 185ff. Rudorff I. § 50. 84.

3. *Lex de imperio Vespasiani** v. J. 70 n. Chr., ein Senatusconsult über Gewährleistung der dem Kaiser reservirten Souveränetätsrechte, mit zugehöriger *Sanctio* durch eine *Lex (curiata?)*. Wir haben das Endstück derselben auf einer im 14. Jahrhundert gefundenen Capitolinischen Erztafel. Gegen die Aechtheitsbezweiflung s. Niebuhr Röm. Gesch. I. S. 381. — Haenel *Corpus Legum 57.*

4. *Lex (Flavia) de Salpensanis et de Malacitanis* v. Jahre 82—84, d. h. eine lateinische Gemeindeordnung in Gestalt zweier Localstatute, von Domitian den hispanischen Städten Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica verliehen. Der in bedeutenden Bruchstücken wohlerhaltene Text befindet sich auf zwei beträchtlichen, zusammen 264 kastil. Pfund wiegenden Bronzetafeln (*aes Salpensanum* in 2, *aes Malacitanum* in 5 Columnen), welche 1851 zu Malaga in Spanien ausgegraben in dortigen Privatbesitz kamen. Zuerst durch den Spanischen Juristen de Berlanga (Malaga 1853) veröffentlicht, dann von Mommsen in den Abhandl. d. sächs. Ges. (III. 1855. S. 363 — 507) mit Erläuterungen, Abdruck und krit. Nachträgen herausgegeben, von Laboulaye (Paris 1856) als ächt angezweifelt, von *Giraud* (Paris 1856. 1857) vertheidigt, dann von Asher (*Notice sur — les tables de Malaga;* Paris 1866) wieder angegriffen und von Arndts in Rudorff's Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. S. 393ff. dagegen in Schutz genommen, ist noch ein Hauptgegenstand kritischen Streites. Vergl. Dirksen Academ. Abhandl. 1857. Rudorff I. § 12. 81. Krit. Ueberschau d. deut. Gesetzg. u. Rechtswiss. IV. S. 130ff. 412ff. Beide Gemeindeordnungen sind Kaisergesetze, welche nicht nur „auf die so dunkle Frage von der Geltung der *Lex* unter den Kaisern einen Lichtstrahl fallen lassen," sondern auch überraschende Aufschlüsse geben über die latinische Städteverfassung, das Recht der *Latini coloniarii* und das *jus Italicum;*** „die ältere Literatur über das *jus Italicum* wird hierdurch guten Theils unbrauchbar." —

Ueber verschiedene kaiserliche Edicte und s. g. *Leges agrariae, Tabulae honestae missionis,* Gesellschaftsstatute und Privaturkunden s. Rudorff I. § 81—87.

*) s. Cursus § 281. 304. 308. **) s. Cursus § 295.

Ein großer und werthvoller Theil kaiserlicher Constitutionen* ist uns mit größerer oder geringerer Worttreue in den *Codices* (Gregorianus: von Hadrian an? Hermogenianus mit Nachträgen? Theodosianus: von Constantin. M. an; Justinianeus: mit Hadrian anhebend), sowie in einigen Privatarbeiten andrer Art (z. B. in den *Vaticana fragmenta*, der *Collatio Legum* und *Consultatio*) erhalten. Außerdem findet sich zerstreut in den mannichfachsten Quellen eine große Anzahl von Kaisererlassen; ein höchst verdienstliches Werk ist daher Haenel's *Corpus Legum ab Imperatoribus Romanis ante Justinianum laturum, quae extra Constitutionum Codices supersunt*, in 2 Fascikeln, Leipzig 1857. 1860. Dasselbe soll eine die Röm. Codices (u. Novellen) ergänzende Sammlung kaiserlicher Constitutionen von August bis zu Justinian's Regierungsantritt seyn, und enthält aus einem 558jährigen Zeitraume (von 31 v. Chr. bis 527 n. Chr.) Alles, was außerhalb jener Codices in den Schriften Röm. Juristen, in den sonstigen Ueberresten der griechischen und Römischen Literatur, besonders der Profan- und Kirchengeschichte, auf Monumenten in Stein oder Erz vorkommt, sei es nun, daß es in der Vollständigkeit des Originals aufbewahrt, oder nur im Auszug angeführt ist. Das Griechische ist dabei mit einer lateinischen Uebersetzung begleitet, auch sind nicht bloß die eigentlichen Kaiserconstitutionen, sondern zugleich die demselben Zeitraum angehörenden *Leges comitiales* und *Scta* aufgenommen. Vergl. dazu Schletter's Jahrbücher VI (1860), S. 193.

VIII.

Ueberreste und Ausgaben wissenschaftlicher Werke.

Zu § **318—322**] Nachdem mancherlei Privatunternehmungen sammelnder Art, in denen auch kleinere Gruppen von Excerpten wissenschaftlicher Werke (des *Jus* im engern Sinn) zusammengestellt wurden (*fragmenta Vaticana*, *Collatio Legum*, *Consultatio*), sowie verschiedene Erlasse von Gesetzbüchern germanischer Könige im Westen (*Lex Romana Visigothorum*, *Burgundionum*, *Edictum Theodorici*) vorausgegangen waren: verwirklichte Justinian i. J. 533 den Plan einer umfassenden Zusammenstellung des Wichtigsten aus allen Römischen Juristenschriften von Mucius Scaevola bis Charisius in so umfassender Weise, daß wir ihm einen beträchtlichen Theil vom gesammten Römischen Juristenrecht verdanken. Dieser in Justinian's Digestenwerk bewahrte Schatz von über 9000 Fragmenten enthält so viel, daß daneben die sonst uns erhaltenen Bruchstücke aus Röm. Juristen fast verschwinden. Es kann daneben eigentlich nur ein, durch besonders glücklichen Zufall in Verona erhaltenes Bruchstück, nämlich das Institutionenwerk des Gaius als selbständiger Werth genannt werden, weil es nahezu vollständig gerettet ist, und so das einzige Werk eines Römischen

---

*) Vergl. oben Excurse S. 29 (Literatur No. VI: Schulting — Demelius — Bruns).

Juristen ist, welches uns als Ganzes vorliegt, und zugleich unsrem Blick Tiefen erschließt, welche im Digestenwerk Justinian's eben nur geahnt worden sind. Wir können diesen Veroneser Gaius (etwa in Verbindung mit dem bedeutenden historischen Fragment aus Pomponius* im Digestentitel *de origine juris*) fast wie den unterirdischen Grundbau zu dem dem Tageslicht angehörigen Aufbau des Digestenrechts ansehen. — Außerhalb jenes „*omne jus antiquum, confusum et quasi quodam muro vallatum*"** hat uns das Glück folgende extramuralen Vorstadtgebäude und zerstreut umherliegenden Ruinen aufbehalten.

Von dem ersten großen Römischen Sammelwerke des Aufidius Namusa ist uns Nichts erhalten;† von den *Juris conditores* aus der Zeit des Schulenkampfes besitzen wir nur, was uns Justinian gerettet hat, außer Wenigem, was bei Gellius, Festus, Plinius (*Hist. nat.*) und einigen anderen Antiquaren mitgetheilt wird (s. Rudorff I. § 88).††

1. *Gaii Institutionum commentarii IV*, die Grundlage der Institutionen Justinian's, und außerdem bis zum Jahre 1816 fast nur aus der gothischen Epitome und den in die Digesten Justinian's aufgenommenen Fragmenten bekannt. Von Niebuhr zu Verona auf einem Palimpsest entdeckt, von Goeschen und v. Bethmann-Hollweg entziffert, zuerst von v. Savigny auf die wahrscheinliche Urheberschaft zurückgeführt, ist dieses Werk des Gaius dann namentlich von Goeschen, Bluhme, Heffter, Lachmann, Huschke und Böcking kritisch festgestellt, ergänzt und commentirt worden. Niebuhr schrieb damals an v. Savigny über mehrere in der Bibliothek des Veroneser Domcapitels gemachte Funde: „Nun aber kommt erst die rechte Botschaft, welche ich Ihnen zu verkündigen habe: nämlich daß zu Verona von einem alten Juristen so Viel erhalten ist, als einen mäßigen Octavband anfüllen würde: davon aber habe ich nur 1 Blatt zur Probe und zum Beweis abschreiben können. Ich hatte schon zu Würzburg angefangen, mich nach *rescriptis* umzusehen .... Zu Verona ging mir ein andrer Glücksstern auf. Nämlich der *Codex 13.*, Briefe des h. Hieronymus, ein ziemlich starker Quartband, aus dem 9. Jahrhundert, ist rescript bis auf höchstens $^1/_5$ der Blätter, die neu genommen sind. Von dem rescribirten Theil ist Etwas theologischen Inhalts, bei Weitem aber das Meiste juristisch. Es ist von der nämlichen Hand geschrieben, wie das Fragment des Gaius ... Den Namen des Verfassers und den Titel des Buches habe ich vergebens gesucht. Nach meiner Vermuthung, die sich auf die Manier und Citationen gründet, ist es ein Werk Ulpian's (v. Savigny Verm. Schr. III. S. 160—3). v. Savigny selbst rieth aus einer Vergleichung des Blattinhalts mit *§ 4. J. de succ. libertor.* (*3, 8*) alsbald auf die Institutionen des Gaius (ebendas. S. 203). „Die Veroneser Handschrift des Gaius stammt natürlich noch aus dem Rechtszustande vor Justinian's Gesetzgebung, dem 5. oder spätestens

*) s. Osannus, *Pomponii de Origine juris fragmentum* (Giess. 1848). Es ist der *Enchiridii liber singularis*.

**) s. Cursus § 31.

†) s. Cursus § 187 (S. 129).

††) s. z. B. oben Excurse S. 282 (über Labeo).

6. Jahrhundert, und enthielt ursprünglich 129 Blätter, von denen 3 aus der Mitte verloren, eines (von den Interdicten) schon im 18. Jahrh. gefunden und (von Maffei 1742 und von Haubold 1816) edirt, 63 Blätter ein Mal, 62 zwei Mal überschrieben sind." Die erste und zweite Ausgabe des Ganzen verdanken wir Goeschen (Berl. 1820 und 1824). Hierzu kommen die Ausgabe von Heffter (Berl. 1827), Lachmann (Berl. 1842), von Huschke (Leipz. 1861), von Böcking (Bonn 1841; *ed. 5.* Leipz. 1866); ferner literarische Nachweisungen bei Deurer Grundriß f. Gesch. u. Inst. (1849) S. 10. 11., kritische Ausführungen bei Huschke „Gaius Beiträge z. Kritik u. z. Verständn. seiner Instit." (Leipz. 1855), bei Pöschmann Studien zu Gaius, 3 Hefte. Leipz. 1854 —1862 und bei van Assen *Adnotatio ad Gaii Institutionum Commentarii;* 2 Abtheil. (Lugd. Bat. 1826. 1849. 1855). Dazu Böcking *Gai Institutiones; Codicis Veronensis apographum; acc. Goescheni de codice Veronensi praefatio et incerti auctoris de jure fisci quae supersunt* (Lips. 1866), Rudorff Ueber die lexical. Excerpte aus den Instit. des Gaius (i. d. Abh. d. Berl. Acad. Berl. 1866. 45 S.), u. v. Bethmann-Hollweg zu Böcking's Apographum 1866 (i. d. Zeitschr. f. Rechtsgeschichte V. S. 357—379). — Der Text der Gaianischen Institutionen findet sich endlich auch bei Gneist *Institutionum etc. syntagma* und bei Huschke *Jurispr. antejustin.*,* und eine Uebersetzung ins Deutsche hat Beckhaus (Bonn 1857) geliefert.

Außerdem ist von Gaius ein kleines Bruchstück aus seinem Zwölftafelcommentar bei Lydus (*de magistr. 1, 34*) erhalten.

2. *Pomponii liber singularis Regularum:* ein unbedeutendes, im 16. Jahrhundert in Frankreich aufgefundenes Fragment, welches von der Untheilbarkeit der Servituten handelt. Vergl. Cramer in Hugo's civil. Magaz. VI. No. 1. Bonner *Corp. jur. antej.* p. 169 und die Böcking'schen Ausgaben des Ulpian.

3. *Papiniani Responsorum lib. I.*, d. h. ein kleines Fragment *de pactis inter virum et uxorem*, am Schluß der *lex Romana Visigothorum* befindlich. Vergl. die Böcking'sche Ausgabe des Ulpian.

4. *Ulpiani liber singularis Regularum* in 29 Titeln, zuerst von Jean Dutillet (Tilius) im Jahre 1549 aus einer Vaticanischen Handschrift, seitdem oft wieder, namentlich von Hugo (1788 u. s. w.), Böcking (1834 u. s. w.), Vahlen (Bonn 1856), Gneist (in seinen *syntagma* 1858), und Huschke (in s. *Jurispr. antej.*, und auch abgesondert, Lips. 1861) herausgegeben, von Schilling (*Animadv. crit. Spec. 1—4:* 1830. 1831), G. E. Heimbach (Ueber Ulpian's Fragmente, 1834), Lachmann (Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. Bd. 9. S. 174 ff.), Klenze (ebendas. S. 231 ff.) und Röder (Versuche der Berichtigung von Ulpian's Fragm. Gött. 1856) kritisch behandelt. Vergl. auch Puchta in Schunk's Jahrbb. Bd. 25. S. 47 ff., v. Savigny Verm. Schr. III. No. 23 und Böcking in der Präfatio seiner Ausgabe des Ulpian (*ed. 4.* 1855). — Dieses Werk ist sonst nach der Ueberschrift

*) s. Excurse S. 29.

des Titelverzeichnisses fälschlich oft als *Tituli ex corpore Ulpiani* citirt worden; daß es eine Compilation aus verschiedenen Juristen (Gaius, Ulpianus?) sei, ist von Heimbach und Pöschmann aufgestellt, von allen Anderen aber festgehalten worden, daß es ein (spätrömisches) Excerpt aus Ulpian's *Regulae* sei (*cf. Ulp. 20, 6 = fr. 17. D. de test. 22, 5; Ulp. 5, 6. 7 = Collat. 6, 2*). Da es Excerpt, aber nicht Bruchstück ist, so kann die Bezeichnung als „Ulpian's Fragmente" nicht als correct gelten, doch ist es üblich geblieben, so zu citiren.

Außerdem enthält das s. g. Endlicher'sche Fragment einige Stücke aus dem 1. Buche von Ulpian's *Institutiones*, entdeckt von Steph. Endlicher im Jahre 1835 auf 4 kleinen (zum Einband einer Papyrushandschrift verwendeten) Pergamentstreifen in der Wiener Bibliothek; zuerst vom Entdecker (*De Ulpiani Institutionum fragmento. Vindob. 1835*), dann von Böcking (in seiner Ausgabe des Ulpian, 1855. p. 129 sq.) mit Facsimile herausgegeben. Vergl. v. Savigny und Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. IX. S. 1 ff., Mommsen ebendas. XV. No. 11.

Kleine Bruchstücke aus Ulpian's *libri ad Edictum* (*VI.* u. *XLVI.*) finden sich noch bei *Pacatus* (*Saec. 5*) und *Priscian* (*Art. gramm. lib. 3. p. 607. Putsch*). Endlich berichtet Rudorff in den Abhandlungen der Berl. Acad. (1866. 89 S.) über 8 Auszüge eines Lexicographen, vielleicht aus jenem Werke Ulpian's, von welchem Lactantius erzählt, daß im 7. Buche die gegen die Christen erlassenen kaiserlichen Rescripte zusammengestellt gewesen seien; diese Auszüge befinden sich in einem griechisch-lateinischen Glossar der Pariser Bibliothek.

5. *Pauli Receptae Sententiae* in 5 Büchern, vorzugsweise durch den ausführlichen Auszug in der *Lex Romana Visigothorum* erhalten. *Ed. I.* Paris 1525, *ed. Cujacius* Paris 1558; *ed. Arndts* Bonn 1833. Abdruck im Bonner *Corp. Juris*. Dazu Haenel, *Epitomae Leg. Rom. Visig.* p. 338—444. Kleine Ergänzungen geben a) ein Bruchstückchen des Titels *de quaestionibus habendis*, welches in einer Handschrift der *lex Visig.* eingeschaltet ist: abgedruckt in Böcking's Ulpian 1855. p. 171. — b) Das s. g. *fragmentum de jure fisci*, welches von Niebuhr (zugleich mit Gaius) entdeckt ward; es scheint gleichfalls den *Sententiae* anzugehören; abgedruckt in den Göschen'schen Gaius-Ausgaben (im Anhang), im Bonner *Corp. Jur.* (p. 161 sq.) und in Böcking's Ulpian (1855. p. 150 sq.).

Pauli Regularum libri VII, gewöhnlich als *fragmentum Dositheanum de juris speciebus et manumissionibus* citirt; es ist die lateinische Rückübersetzung einer griechischen Uebersetzung jenes Werks in einem Schulbuch (*Interpretamenta*) des Dositheus. Zuerst von P. Pithou (1573), dann von Schulting (in s. *Jurispr. vet.*), auch im Bonner *Corp. Jur.* (p. 214—227) und in Böcking's Ulpian (1855. p. 158 sq.) abgedruckt. Vergl. Schilling *Diss. crit. de fragm. Dosith.* (*Lips. 1821*).

Unbedeutende Fragmente aus *Pauli Institutionum libri II. tit. de*

dotibus, Modestini Regularum libri III. tit. de bonis libertorum et de testamentis, Modestini Differentiarum lib. I. und eines *Incertus auctor de gradibus* s. in Böcking's Ulpian (1855) p. 173. 179—184. Vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 89 a. E. —

Außerdem sind uns größere und zum Theil sehr werthvolle Bruchstücke aus Papinian, Ulpian, auch aus Gaius und Modestinus in einigen Privatsammlungen der christlichen Kaiserzeit (in den *Fragmenta Vaticana,* der *Collatio Legum,* der *Consultatio veteris Icti* und in *Hygini Gromatici libellus Constitutionum*) erhalten, worüber unten die Darstellung der Quellen der nachclassischen Zeit zu vergleichen ist.

XXIX. Kapitel.

IV. Rechtsfähigkeit.

(Zu § 323-330)

I.

Der Ursprung des Colonats.

Zu § **327**] Der Ausdruck *Coloni* kam in einem zwiefachen Sinn vor: in einem publicistischen und einem civilistischen, denn *coloni* hießen die mit dem gehörigen Gründungsritus angesiedelten Römer und Latiner, welche im Ausland oder in den Provinzen seßhaft gemacht wurden, und sodann auch die Bewirthschafter von Landgütern, welche diese pachtweise inne hatten. Seit dem 2. Jahrhundert nach Christo traten aber in größerem Maßstab Verhältnisse ein, in denen jener Doppelsinn zu verschwimmen schien: nicht Colonisten im technischen Sinn* und auch nicht Pachter im eigentlichen Sinn waren es, die nun oft mit diesem Namen belegt wurden, sondern Massen barbarischen Volks, welche in das Reich aufgenommen zur Hebung des Landbaus und Completirung der Einwohnerschaft beitragen sollten. Sie konnten nicht als Sklaven behandelt werden und bewegten sich mindestens eben so frei, wie die öffentlichen und Privatsklaven, welche auf den entfernten Latifundien vom Kaiser und den Großen des Reichs angestellt waren, und denen das eigne Interesse der Herren, sowie die festgewurzelte Sitte völlig freie Hand ließ. Auf diese Weise erklärt sich der Ursprung des räthselhaft erschienenen Colonats der späteren Zeit; dasselbe beruht theils auf ethnischen, theils auf socialen Bedingungen, welche neu und der Kaiserzeit eigenthümlich waren; es gehört zu denjenigen Erscheinungen, die bereits von der alten Röm. Heerstraße seitab führen, als Vorboten der nachherigen feudalistischen und romanogermanischen Umbildung des occidentalen Völkerlebens gelten können und dem Halbdunkel weltgeschichtlicher Uebergangszeiten angehörig einen besonderen Reiz auf den Forscher ausüben.

Wir haben einen inneren und einen äußeren Impuls zur Entwick-

*) Vergl. dazu oben Excurse S. 253. 254.

lung des bodenhörigen Colonats unterschieden: jenen hebt Kuhn (Die städt. und bürg. Verfass. d. Röm. Reichs, I. S. 259) hervor, indem er zeigt, wie aus den Ständen der ländlichen Arbeit allmählich, und zwar im Zusammenhang mit der damaligen allgemeinen Neigung zur „Gebundenheit“ wirthschaftlicher und politischer Classen, eine *glebae adscriptio* sich entwickelte; Zumpt (Ueb. d. Entsteh. d. Colonats i. Rhein. Mus. III. 1845. S. 12ff.; dazu Huschke Census d. Kaiserzeit, 1847. S. 158) macht vornehmlich die wiederholten Ansiedlungen von Barbarenmassen geltend und sieht diese als den eigentlichen Entstehungsgrund des spätrömischen Colonats an. Gewiß hat Beides zusammengewirkt, und vielleicht können die kaiserlichen Colonienstiftungen die Vermittlung gespielt haben.

Höck (Röm. Gesch. I. 2. S. 130) sagt: „Die Gallier, länger als die übrigen Italiker staatsrechtlich von den Römern geschieden, bewahrten sich eine Lebensrichtung, die nicht, gleich der Römischen, bloß auf Krieg und Eroberung gestellt war, sondern auch dem Handel, Gewerbe und Ackerbau zugewendet blieb. Das Unglück der Ackeranweisungen wirkte in den Po-Ländern weniger vernichtend, weil man hier mehrere Erwerbszweige hatte, und weil sich hier eine Ackercultur erhielt, welche die Quelle eines regelmäßigen Lebensunterhalts für die Bürger war. Plinius der Jüngere hielt auf seinen Gütern bei Comum keine Sklaven, sondern nur freie Leute und Kleinpächter; er bemerkt, daß diese Art der Bewirthschaftung der Grundstücke in dortiger Gegend die allein übliche sei (*Epist. 3, 19*).“ Vergl. dazu Zumpt Stand der Bevölkerung, S. 36. — Rodbertus (in Hildebrand's Jahrbb. f. Nat.-Oec. u. Stat. I. S. 209. 222. 228) sagt: „Zwischen dem älteren und jüngeren Plinius beginnt eine rückläufige Bewegung, indem die Latifundien wirthschaftlich parcellirt werden; die Eigenthumscomplexe mochten sich noch vergrößern, aber das Land ward parcellenweise meist an eigne Sklaven in Naturalpacht ausgethan. In Italien ward die Bodencultur immer intensiver und gartenmäßiger, und so konnte sie nur in Parcellenwirthschaft betrieben werden. Ueberdies fand man tüchtige Administratoren und angemessene Pächter für Latifundienwirthschaften nicht mehr wie ehemals. Es waren gewöhnliche Landbau-Sklaven, denen man eine Ackerparcelle in Pacht überließ; so war zur Zeit der classischen Juristen der Colonat noch ganz in der alten Rechtsform der Sklaverei verborgen.“

Nicht ganz — sondern nur theilweise, denn anderntheils gab es auch freie Ackerpächter; noch Severus Alex. braucht das Wort *colonus* von solchen (*l. 5. 9. C. de loc. et cond. 4, 65*). Aber anderseits scheint auch bereits der Zeit der classischen Jurisprudenz der Gedanke der Bodenhörigkeit nicht fremd gewesen zu seyn, denn Marcian spricht aus: „*Si quis inquilinos sine praediis, quibus adhaerent, legaverit, inutile est legatum,*“ und jener selbe Kaiser rescribirt: „*Si invito vel ignorante te partus ancillae vel adscripticiae tuae expositus sit, repetere eum non prohiberis.*“ Wir sehen eben Freie und Sklaven in eine einzige

wirthschaftliche Bahn zusammentreffen. Im Land- und Ackerbau Italiens und der Provinzen hatte sich ein allgemeiner Umschwung eingeleitet; die Bevölkerung ward aus Eigenthümern zu Pächtern, indem infolge des Aufkaufs von Gütern und der Ansammlung ganzer Länderstrecken in derselben Hand deren Bewirthschaftung theils durch Sklaven, theils durch gedungene Arbeiter, theils durch Pächter geschehen mußte. Massen von Armen und Freigelassenen traten in solche Pachtverhältnisse ein, und in verschiedenen Formen gestalteten sich diese Rechtsverhältnisse. Theils waren sie auf Zeit, theils auf die Dauer berechnet, und diese Perpetuitätsverhältnisse oder Erbpachte bildeten die Wurzel der Emphyteuse, des *ager vectigalis*, zum Theil auch der *superficies* und gewiß auch des bodenhörigen Colonats. Nicht ohne Einfluß mag hierbei die Frage der Steuerleistung gewesen seyn; daß es eine in den Provinzen ventilirte Frage war, ob die *domini* oder die *conductores* die Steuern zu entrichten hätten, ersehen wir aus einer Bemerkung Modestin's (*fr. 32. § 6. D. de adm. tutor. 26, 7*). Es mögen aber auch die Mischverhältnisse der kaiserlichen Colonien zu den einheimischen und sonst etwa angesiedelten Bewohnern beigetragen haben, die Ausbildung eines Mischtypus des Colonats zu fördern. Seit Hadrian geschah es häufiger, daß barbarische Stämme für die Zwecke des Ackerbaus in einzelne Striche der Grenzprovinzen aufgenommen wurden, die ersten Städteanlagen in neugewonnenen barbarischen Ländern wurden nicht durch Röm. Soldaten, sondern durch die Einwohner des Landes selbst vorgenommen; so berichtet *Eutrop. 8, 3* von Trajan: *ex toto orbe Romano infinitas eo copias hominum transtulerat ad agros et urbes colendas; Dacia enim diuturno bello Decebali viris fuerat exhausta.* Vergl. Zumpt *Comment. epigraph.* p. 404. 441; Marquardt Alterth. III. 1. S. 338 — 340; Voigt d. *jus naturale* d. Röm. II. S. 886. Aber erst seit Diocletian und Constantin, so scheint es, tritt das entscheidende Moment der Bodenhörigkeit hervor: in demselben war eine Beschränkung, aber zugleich auch ein Recht des *colonus* gegeben, denn der Grundbesitzer durfte ihn nicht vom Boden trennen, und somit war der *glebae adscriptus* sicher gestellt und theilweise wie ein Freier; aber eben damit hing wohl auch das zweite Moment von Wichtigkeit zusammen, daß der *adscriptus* zugleich *tributarius*, d. h. zur Entrichtung einer Kopfsteuer verpflichtet war. Mit diesen Momenten treten wir bereits in die nachclassische Zeit ein. Vergl. v. Savigny Verm. Schr. II. S. 1 ff.; Kuhn a. a. O. S. 261. 284.

II.

Die *militia*.

Zu § **330**] In dem Maße, als der Soldatenberuf sich zu einem wirklichen Stande, abgelöst vom einfachen Volksthum, herausbildete, mußte auch ein gleichsam concentrischer Kreis von rechtlichen Bestimmungen innerhalb des allgemeinen Reichsrechts entstehen. Dieser engere

Kreis erschien zunächst als ein *jus singulare*, allein von einem festen Centrum ausgehend trug er die Lebenskraft in sich, zu einem dem *jus paganorum* ebenbürtigen und coordinirten Reichsrecht anzuwachsen. Die treibende Grundidee war dieselbe, von welcher aus das nationale Civilrecht sich entwickelt hatte: die Idee des souveränen Privatwillens, das Recht eines *paterfamilias;* im *jus militare* galt der *miles* als selbständig, auch der *filiusfamilias;* und wie im nationalen Civilrecht die Privatsphäre gleichsam im Recht der *ultima voluntas* gipfelte, so ward auch im *jus militare* ganz vorzugsweise das Testiren des *miles* in vorzüglicher und freiester Weise sanctionirt. Der Wille des Soldaten ging nun über die XII Tafeln (s. Brinz Pand. I. S. 771), die Privilegien des *testamentum militare* gebührten den Soldaten standesmäßig (bis auf Justinian, der sie zuerst auf das *in expeditione* beschränkte). Die Heere waren nicht mehr fliegende Heersäulen, sondern communale Institutionen, stehende Körper, ihre Standlager und Castelle sammt Heerstraßen und Wällen formirten ein ideelles Territorium im Reich, und die zum System entfaltete Grundidee zog nach allen Richtungen hin ihre Consequenzen. Die einfachen Bürger hießen fortan im Gegensatz der Soldaten: ***pagani*** oder ***privati*** (Ulp. in *fr. 7. § 6. D. de donat. 39, 5* und *fr. 3. § 1. D. de muner. 50, 4*), und das allgemeine Recht im Gegensatz des Militärrechts: ***jus commune***, ***jus paganorum*** oder *juris civilis regula* (*fr. 17. § 2. 4. D. de test. mil. 29, 1;* dazu Scaev. in *fr. 96. D. ad leg. Falc. 35, 2*).

Persönlich und sachlich erweiterte sich das ***jus militare s. militum***. Anfangs ein *jus castrense* (*peculium castrense!*) nahm es immer entschiedener das Gepräge der Permanenz an. Die Testirerleichterung ward auf alle erstreckt, *qui in hosticulo deprehunduntur s. in procinctu versantur* (Ulp. in *fr. 1. D. de B. P. ex test. mil. 37, 13*); betreffs der Excusationsbefugniß wurden neben den *milites* diejenigen genannt, *qui eidem ordini communicaverunt* (Mod. in *fr. 8. pr. D. de excus. 27, 1*). Rechtsirrthum ward den Soldaten verziehen, das *beneficium competentiae* ihnen gewährt. Seit Constantin endlich beginnt der *favor veteranorum* zum System zu werden, und die Geschichte der verpfändbaren *militia* zeigt uns, wie das System des militärischen Bureaukratismus auch im Privatrecht schöpferische Wirkungen äußerte.

In diesen Zusammenhang gehört das lange problematisch gewesene Institut der ***Laeti***. Auch sonst war das Militärwesen ein Hauptcanal für das Eindringen peregrinischer Elemente und Ideen, aber es wurden diese zum großen Theil völlig intussuscipirt und romanisirt; an den *Laeti* nun sehen wir, wie Rom die peripherischen, barbarischen Einflüsse nicht mehr allenthalben innerlich zu bewältigen vermag. Auch hier, wie beim Colonat, sind es ackerbauliche Interessen, welche Berücksichtigung heischten, aber indem mit dem ländlichen Bodenbesitz militärischer Reichsdienst organisch verknüpft ward, entstanden typische Verhältnisse, welche lebhaft an die spätere Entstehung des Beneficial- und Feudalwesens erinnern. Die früheste ausdrückliche Erwähnung

fällt allerdings erst in die nachclassische Zeit (a. 295 bei *Eumen. Paneg. Constantio Caes. 21, 1)*, aber sein aus germanischen Elementen und auf gallischem Boden erwachsenes Daseyn im 3. und 4. Jahrhundert läßt vermuthen, daß seine Keime bereits unsrer Periode angehören. Vergl. Böcking *Notitia Dignitat. II, 2. p. 1043sq.* und Voigt Das *jus naturale* d. Römer II. S. 891—8.

XXX. Kapitel.

V. Privatsphäre.

(Zu § 331-340)

I.

Zur Dogmengeschichte der classischen Jurisprudenz.

Zu § **333. 336**] Erst seit mehreren Jahrzehenden ist der Anfang gemacht, in das flache Bild der Röm. Jurisprudenz, wie es uns in den Digesten Justinian's vorzuliegen scheint, dogmengeschichtliche Perspective hineinzutragen, doch steht unsre Wissenschaft mit dieser neuen Arbeit noch am ersten Anfang, und die genetische Vertiefung des reichen Dogmengehalts wird nicht eher im großen Styl gelingen, als bis wir uns allgemein entschließen, das Röm. Recht vornehmlich als System des classischen Rechts vorzutragen. Es ist — wenn wir von einzelnen Specialleistungen, wie natürlich, absehen — ein eigenthümlicher Widerspruch, welchen die historische Schule in und mit sich herumgetragen hat, daß sie das Röm. Recht Justinian's für uns als eine geschichtliche Thatsache ergriffen, aber dieses Recht für sich fast gar nicht in seiner geschichtlichen Bewegung aufgefaßt hat. Wie erklärt sich dies? nicht lediglich aus der Allmählichkeit der geschichtlichen Forschung, denn nicht einmal in den größten und allgemeinsten Zügen hat jene Schule etwas für die civilistische Dogmengeschichte geleistet; sondern ganz hauptsächlich daraus, daß die historische Schule der letzte Act und Ausdruck eines Bewußtseyns war, welches dem recipirten Recht gegenüber unfrei und selbstlos dastand. Man nahm das Justinianische Recht als ein überkommenes Recht, und nahm es eben so, wie es überkommen war; man reflectirte nur darüber, was geworden, nicht wie es geworden war. Das freie Selbstbewußtseyn beginnt erst, wenn man nach der Entstehung dessen fragt, was man hat und die Herrschaft, die fertig dasteht, in ihrem Werden rückwärts belauscht. Die civilistische Dogmengeschichte ist ein solches Belauschen, sie ist die That und Bewährung einer freigewordnen Wissenschaft. Der volle Muth der Freiheit kann erst dann kommen, wenn das Röm. Recht nicht mehr als das Recht Justinian's Geltung behauptet, denn Justinian's Ordnung hat sich wie eine Eisdecke über das breite Bett gelegt, und erst wenn das Frühlingswehen einer durch das erstarkte Nationalbewußtseyn im Recht befreiten Wissenschaft die Decke gesprengt hat, kann die leben-

dige Strömung, welche in der Tiefe der Vorzeit Justinian's gegangen ist, dem Auge offen werden. —

A. Das Römische Recht ist lange durch das straffe Band unbedingter Einfachheit zusammengehalten worden; es war der Gürtel jenes Kriegskleids, in welchem Rom die Welt und ihre Völker besiegte und einte. Aber Civilisation und Luxus erheben Ansprüche, mit denen solche Einfachheit und Knappheit auf die Dauer unverträglich ist; so kam Gliederung, Mannichfaltigkeit, Verwickelung, Verschlungenheit über das System des Rechts, und zu den einfachen Originaldogmen gesellten sich complicirtere Rechtsideen und combinatorische Formeln. Zuerst Labeo scheint diese Arbeit unerschrocken in Angriff genommen zu haben.

Gleichwie im Sachengebiet *universitates rerum* aufgestellt (s. z. B. Pomp. in *fr. 17. § 4. D. commod. 13, 6*) und gar die Stücke einer Heerde, die schon genitalisch und wirthschaftlich eine Einheit bilden, als eine Sacheinheit geachtet wurden, um compresse Rechtsverhältnisse zu gewinnen: so entstand auch im Obligationengebiet das Verkehrs- und Rechtsbedürfniß, gegliederte Massen zu einheitlichen Rechtsobjecten zu comprimiren. Dieses Bedürfniß mochte sich zunächst nach zwei Seiten hin geltend machen: 1) die bei onerosen Verträgen in Betracht kommenden Leistungen waren zum Theil complicirter Natur, und namentlich galt es hier, das Moment der Wechselseitigkeit zur civilistischen Geltung zu bringen. Offenbar ist, dies gethan zu haben, Labeo's Verdienst. Er setzte für die s. g. Innominatcontracte diesen Gedanken durch, und aus seinen Betrachtungen über *agere, gerere* und *contrahere* (*fr. 19. D. de V. S.*) ersehen wir, welche Aufmerksamkeit er dem reichen Gebiete obligatorischer Leistungen schenkte, und wie er hier civilistisch aufzuräumen beflissen war. Dieses Aufräumen war wichtig theils für die *negotiorum gestio* (s. *fr. 17. § 2. D. commod. 13, 6*), theils für die (wesentlich und unwesentlich) gegenseitigen Contractsobligationen. Unter letzteren scheint die *locatio conductio* ein Lieblingscontract des Labeo gewesen zu seyn (*fr. 58. 60. D. locati 19, 2*), und bei diesem lag es besonders nahe, die beiderseitigen Leistungen als ein wirthschaftlich ineinander geschlungenes Ganzes aufzufassen. Ich schließe aus *fr. 19. D. de V. S.*, daß es schon Labeo und zuerst er besonders war, welcher mit principieller Entschiedenheit die Idee der „*ultro citroque obligatio*" aufstellte und dafür auf den im Worte *συνάλλαγμα* ausgedrückten Wirthschaftsgrund verwies; aus *fr. 7. § 2. D. de pact.* (*2, 14*) erkennen wir, daß unter Celsus und Aristo, Proculianern und Sabinianern, die Idee des *συνάλλαγμα* verhandelt und die Ansicht der letzteren derjenigen des Labeo conformirt wurde. — 2) In Verbindung mit dem Gedanken der Wechselseitigkeit mußte aber auch die Wichtigkeit des Gedankens, daß die verdungene Leistung eine wirthschaftliche Einheit sei, zum Bewußtseyn kommen, und wem lag dieser Gedanke näher, als dem Begründer der Specificationstheorie? Es galt hier, juristisch mit einem Wirthschaftsmoment zu rechnen, und Paulus (in *fr. 5. D. de V. S.*)

erzählt uns, daß Labeo bei der *locatio conductio* zwischen *ἔργον* und *ἀποτέλεσμα* unterschieden und mithin angenommmen habe, daß in manchen Rechtsverhältnissen ein aus mehrfachen Leistungen und Werken gebildetes Wirthschaftsganzes als solches in Betracht komme, und also gleichsam der Plan selbst das zu leistende sei. Javolen (*fr. 51. § 1. D. locati 19, 2*) adoptirte diesen Gedanken; er drückte die Idee des Unternehmens, welche einer Reihe verwickelter und verschiedenartiger Leistungen das Gepräge eines einzigen abgeschlossenen Leistungsobjectes gibt und mithin einen besonderen Rechtstypus herstellt, mit dem Worte *„universitas consummationis“* aus, und Gaius (*fr. 80. § 1. D. ad leg. Falc. 35, 2*) machte davon Anwendung auf Legate.

Labeo gab mit seinen terminologischen Distinctionen viele neue Impulse. Vielleicht war es minder erheblich, daß er vom gewöhnlichen *ostentum* das *φάντασμα* (*prodigiosum*), oder *ope* und *consilio factum*, *locus* und *praedium* unterschied (s. *fr. 38. 53. § 2. fr. 60. § 1. D. de V. S.*); wenn er aber vom *agere* das *contrahere* und vom *ἔργον* das *„ex opere facto corpus aliquod perfectum“* unterschied, so drücken uns die fremden Worte *συνάλλαγμα* und *ἀποτέλεσμα* neue schöpferische Ideen aus und führen uns auf einen interessanten Zusammenhang des Neuen hin, welches hier geschaffen ward.

B. Eine ähnliche, aber großartigere Compression von Momenten, welche für den oberflächlichen Blick getrennt liegen und äußerlich auseinanderfallen, zeigt sich in drei Instituten von eminenter Bedeutung: ich meine die *dos*, das *peculium* (theils *profecticium*, theils *castrense*) und die *hereditas jacens*. Hier kam es darauf an, wirthschaftlich verschlungenen, künstlich combinirten, theils latenten, theils gemeinsamen Interessen einen angemessenen juristischen Ausdruck zu geben.

Die Schwierigkeit der constructiven Aufgabe bestand hier zunächst darin, daß mehrere Personen: Vater, Tochter und Ehemann, oder Vater und Sohn, oder Erblasser und Erbfolger, sich um die betreffende Masse gruppiren. Paulus sagt, die Ehe sei eine *vitae societas*, welche die Ehefrau gewissermaßen zur Herrin des Hauses mache (*fr. 1. D. de act. rer. am. 25, 2*), und doch stand die Frau als selbständige Persönlichkeit neben dem Gatten; Julian sagt, die *res castrenses* und *ceterae „quasi duorum hominum duas hereditates intelligi“* (*fr. 17. § 1. D. de test. mil. 19, 1*); Javolen sagt: *„heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur“* (*fr. 22. D. de usurp. 41, 3*), und doch bemerkt Tryphonin: *„occurrit, non posse dominium apud duos pro solido esse“* (*fr. 19. § 3. D. de castr. pec. 49, 17*). Im Leben flossen *dos* und *peculium* mehrfach ineinander (s. z. B. *fr. 65. § 1. D. de rei vind. 6, 1; fr. 16. D. de relig. 11, 7; fr. 9. D. de jure dot. 23, 3; fragm. Vat. § 112*). Sodann zeigte sich, daß innerhalb des Vermögenskreises allerhand Veränderungen vorgehen könnten, deren Complication die Einheit der Rechtsidee nicht beeinträchtigen durfte. Paulus bemerkt: *„accessione ususfructus incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset“* (*fr. 4. D. de jure*

dot. 23, 3); Pomponius und Tryphonin sprechen von *accessio et decessio* und *incrementum peculii* (*fr. 3. D. quando de pecul. 15, 2; fr. 57. D. de pecul. 15, 1*), Ulpian behandelt die *accessio et decessio, augmentum et diminutio hereditatis* (*fr. 178. D. de V. S.; fr. 20. § 3. D. de her. pet. 5, 3*). Wie war also die Stellung der um diese Erscheinungen gruppirten Personen zu ordnen und zu formuliren? Betrachten wir zunächst die *dos*.

1. Die *dos* war ein wichtiges Entwicklungsmoment in der Consensualehe;* am Dotalinstrument erkannte man die ächte und die ebenbürtige Ehe. Die *dos* war ein Zuschuß zur Ehe und galt insofern beiden Gatten Ursprünglich nun mag man nicht an einen Rückfall der *dos* gedacht haben: der Satz, daß dieselbe dem Manne verbleibe, knüpfte die Consensualehe gewissermaßen an die alte Manusehe an, die alles Frauengut dem Gatten gab. Wir müssen annehmen, daß in der praktischen Gestaltung des Dotalrechts sich ein allmählicher Uebergang von der Manusehe zur Consensualehe vollzog. Ist nun, wie neuerdings glaubhaft gemacht ist, der Satz „*dotis causa perpetua est*“ für die ältere Zeit Grundsatz gewesen, so finden wir in ihm die vermuthete Brücke: wie bei der Manusehe der Ehemann alles Vermögen der Braut *per universitatem* erhielt und behielt, so bei der Consensualehe das *dotis causa* Eingebrachte. Der Gatte ward Eigenthümer auch des *fundus dotalis*, und es war von vorn herein selbstverständlich, daß Eigenthum definitives Eigenthum war. Der künstliche Gedanke eines entziehbaren und rückfälligen Eigenthums konnte nicht sofort fertig entstehen. Zuerst trat die Entziehung in der Gestalt einer *actio* und *obligatio* auf; in der *lex Julia de fundo dotali* tauchte wahrscheinlich zuerst die Idee eines der Frau verbleibenden Rechtes auf, indem ihr rücksichtlich des Grundstücksverkaufs ein Veto eingeräumt wurde (*Gai. 2, 63*); immer mehr Cautelarbefugnisse wurden dann der Ehefrau gesichert, und endlich mußte die Frage entstehen, ob denn diese der *dos* gegenüber während der Ehe noch als Fremde gelten könne. Der Gatte mußte die Verfügung in der Hauptsache doch behalten, aber auch der Gattin, schien es, sollte das Eigenthum nicht völlig entzogen seyn, und durch solches Anrecht der letzteren galt des Gatten Eigenthum als beschränkt. Aber wie war diese Beschränkung zu denken? Das war eine zunächst durch Rücksichten der *utilitas* zu lösende Frage.

Offenbar lag hier eine für Römische Juristen überaus schwierige Frage vor, den socialen Verschränkungen und organischen Verbindungen Einzelner waren von jeher die Römer abhold; ihre corporative Neigung beschränkte sich auf das Gebiet des *jus publicum*, und die Rechtsfrage der ehelichen Gütergemeinschaft ist zu allen Zeiten eine der schwierigsten. Auch war das ganze Institut der *dos* ein raffinirtes Erzeugniß des mit dem Familiensinn kämpfenden Egoismus. Wir dürfen uns daher nicht wundern, wenn wir hier die Römischen Juristen im Grenzgebiet ihrer Meisterschaft anlangen sehen.

*) s. Cursus § 196.

Daß der Ehemann wirklicher Eigenthümer sei, ist in zahlreichen Stellen direct und in Folgerungen anerkannt, so von Ulpian in *fr. 7. § 3. D. de jure dot.* (*23, 3*) und *fr. 13. § 2. D. de fundo dot.* (*23,5*), von Paulus in *fr. 14. § 1. D. eod.* und *fr. 21. § 4. D. ad munic.* (*50, 1*). Anderseits bezeichnet Ulpian (in *fr. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3* und *fr. 24. § 5. eod.*) die *dos* mit Rücksicht auf den Ehemann als ein *quasi alienum* oder geradezu als *alienum,* und es wird auch sonst in mannichfachen Wendungen das rechtlich geschützte Interesse der Ehefrau an der *dos* anerkannt und von den um deßwillen gewährten Sicherheitsmaßregeln gehandelt; Tryphonin spricht der Ehefrau mit Hinblick auf die *emolumenti potestas,* die ihr zustehe, auch die Evictionsklage zu (*fr. 75. D. de jure dot. 23, 3*). Mann und Frau also vereinigen sich im Recht der Mitgift; Macer hebt (in *fr. 15. § 3. D. qui satisdare 2, 8*) hervor, daß mit Rücksicht auf einen *fundus dotalis* beide als *possessores* gelten und daher im Proceß cautionsfrei sind, und Ulpian gewährt aus der Person der Gattin dem Gatten die *accessio temporis* zur Ersitzung (*fr. 7. § 3. D. de jure dot. 23, 3*). Der Unterschied der Stellung aber konnte etwa so gedacht werden, daß der Ehefrau Eigenthum ein schlummerndes oder latentes, das des Ehemannes ein waches und wirksames, doch aber beschränktes sei: ein Verhältniß, welches in gewisser Hinsicht an den Dualismus des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums erinnern konnte, nur daß dieser Dualismus von anderen Verkehrsmotiven aus sich entwickelt und einen mehr formalen, als sachlichen Kararakter hatte. Unverkennbar entspricht die von Tryphonin gewählte Wendung: *dos mulieris* und *in bonis mariti est* (*fr. 75. D. de jure dot. 23, 3*) jenem älteren juristischen Dualismus in schlagender Weise. Noch African sagte von der Gattin: *in bonis ejus est* (*fr. 4. D. de coll. bonor. 37, 6*); aber dann bei Koryphäen ist, wie es scheint, die von Tryphonin aufgestellte Formel angenommen: so bei Ulpian in *fr. 7. § 3. D. de jure dot.* (*23, 3*) und bei Paulus in *fr. 21. § 4. D. ad munic.* (*50, 1*). Wir können dieses *in bonis mariti est* als die classische Formulirung des Dotalverhältnisses betrachten und daneben die Paulinische Umschreibung in *fr. 14. § 1. D. de fund. dot.* (*23, 5*) stellen: *propter uxorem pertinet dos ad maritum.* Vergl. dazu noch Bechmann Röm. Dotalrecht S. 464—8.

2. *Peculium.* Wenn die Tochter von den Eltern ein Hochzeitsgut erhielt, so war dies für sie ein Voraus, wie wenn ein Sohn mit einem *peculium* ausgestattet wurde. Jene und diese Ausstattung aber konnte in doppelter Weise vorkommen: entweder so, daß der Geber sich die eigentliche Gewalt vorbehielt, oder so, daß die Gabe eine Veräußerung war; ersternfalls ward das Hingegebene einfaches *peculium* (*profecticium*), letzternfalls kam es als *dos* in die *bona mariti* oder als *bona castrensia* in das freie Vermögen des Sohnes. So berührte sich die *dos* mit dem *peculium,* und kann das *peculium militare* ein Analogon der eigentlichen *dos* genannt werden; das einfache *peculium* an Tochter oder Sohn war für persönliche Zwecke bestimmt und diente dem individuellen Belieben, die eigentliche *dos* und das castrensische Gut war Ausstat-

20*

tung für den socialen Lebensberuf: *matrimonii onera* (*fr. 16. pr. D. de castr. pec. 49, 17*), *duritia militiae* (*fr. 1. § 1. D. de test. mil. 29, 1*); seit Hadrian kam es sogar auf, die *dos* im Todesfall der Frau an den Wittwer, der noch *filiusfamilias*, aber *miles* ist, als Erbschaft gelangen zu lassen und zum *peculium castrense* desselben zu rechnen (*fr. 16. D. de castr. pec. 49, 17*), und von Pomponius hören wir, wie es vorkam, daß Töchter von ihrem *peculium* (*prof.*) *dotes* bestellten, und wiefern die verschiedene Art von *peculium* und *dos* juristisch vereinbar sei (*fr. 24. D. de jure dot. 23, 3*).

Das Wort „*peculium*" war offenbar ein sehr beliebter und weit verbreiteter Volksausdruck.* Der strenge Jurist zwar sagte: (*paterfamilias*) *liber peculium non potest habere, quemadmodum nec servus bona* (*Ulp. fr. 182. D. de V. S.*), aber Celsus erzählt aus des Proculus Munde: *audisse eum, rusticos senes ita dicentes: pecuniam sine peculio* (Reservefond!) *fragilem esse, peculium appellantes, quod praesidii causa seponerentur* (*fr. 79. § 1. D. de legat. III*); Ulpian berichtet von einer Sitte in gallischen Gegenden: *Si res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα dicunt, quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiantur mariti* (*fr. 9. § 3. D. de jure dot. 23, 3*); anderwärts sagt Ulpian: *et si „peculium meum" testator dixerit, quia plerique ὑποκοριστικῶς* (*diminutive*) *patrimonium suum peculium dicunt, cogendus erit restituere* (*fr. 16. pr. D. ad. leg. Falc. 36, 1*); Papinian erwähnt gleichfalls des eheweiblichen Nebengutes: *species extra dotem a matre filiae nomine viro traditae . . . peculium a dote puellae distinguitur* (*fr. 31. § 1. D. de donat. 39, 5*). So konnte Ulpian gewissermaßen alle Anwendungen zusammenfassend sagen: *Peculium dictum est quasi pusilla pecunia s. patrimonium pusillum* (*fr. 5. § 3. D. de pecul. 15, 1*).

Das Peculium ist sonach eine der bezeichnendsten Figuren des Röm. Rechts. An ihm arbeitete sich die civilistische Persönlichkeit des *filiusfamilias*, so gut wie die des *servus*, aus ihrer ursprünglich völligen Gebundenheit zu relativer Geltung empor. Anfangs mochte das Peculium nur als ein Aggregat von bestimmten, durch ausdrückliche und specielle Separation bezeichneten Sachen angesehen werden; dann fingen Forderungen und Schulden an, dabei eine Rolle zu spielen, und mit deren Hinzuschlagung war die Idee eines peculiaren Vermögenskreises gesetzt, welcher sich wie eine (relativ selbständige) Provinz im Reiche des Privatwillens aufthat und ein eigenes untergeordnetes Centrum zur inneren Voraussetzung hatte. Man gelangte zu den Sätzen, daß auf Grund des Peculium dem Vater ohne sein Wissen *possessio* erworben werden konnte, daß es keines positiven Concessionsactes mehr zur Begründung der Peculiareigenschaft der Sachen bedurfte, daß Supplirung des Peculium zulässig war, daß nicht-zurückgezogenes Peculium durch Emancipation des Kindes *ipso jure patrimonium* desselben werde, daß der Sohn (Sklave: *fr. 7. § 1. i. f. D. de pecul. 15, 1*) im

---

*) s. oben S. 88—90.

Zweifelsfalle die *libera peculii administratio* haben sollte, und es war an diesem letzten Punkte, wo der dem *jus naturale* entsprechende Gedanke, daß Söhne am Hausvermögen kraft ihrer Familienstellung Antheil haben (Paul. in *fr. 11. D. de lib. inst. 28, 2*), zum Durchbruch kam.

Es ist nicht zu verkennen, daß die treibende Lebenskraft in alledem die Idee des Peculium als eines dem *patrimonium* nachgebildeten Vermögenskreises (vergl. Florent. in *fr. 39. D. de pecul. 15, 1*) und einer eigenen Persönlichkeit des *filiusfamilias* und *servus* war. Im Peculium arbeitete sich die gebundene und niedergehaltene Persönlichkeit zur Helligkeit des Rechtsbewußtseyns heraus, und die *obligationes naturales* zwischen Gewalthaber und Gewaltuntergebenen verkündigten, daß hier ein *jus naturale* im Hintergrunde sei, mit welchem gerechnet werden müsse. Diese Rechnung ward mit Consequenz fortgesetzt: die Idee eines Unterpeculium der *servi vicarii* entwickelte sich, also eine abbildliche *potestas* des *servus ordinarius* (Proculus und Atilicinus in *fr. 27. D. de pecul. 15, 1*); man nahm an, daß der Vater auch schon vor Aussetzung eines Peculiargutes belangt werden konnte, indem nur die nachherige Execution durch ein solches bedingt seyn sollte (*fr. 30. D. eod.*), daß der Vater Gläubiger des Sohnes, unabhängig von dem Vorhandenseyn eines Peculiargutes, werden, daß ein Forderungsrecht Dritter am Peculium, auch wenn kein Connex mit demselben stattfand, und selbst wenn gegen des Vaters Willen contrahirt war, entstehen, endlich daß ein *futurum peculium* gültig legirt werden konnte (*fr. 11. D. de pecul. leg. 33, 8*). Hiermit war die Unterscheidung der Peculiarsphäre (*peculium, peculii nomen*) von dem Peculiargut (*id, quod in peculio est*) entschieden. Ein weiterer Schritt geschah aber durch Ausbildung des Handelspeculium, in welchem die Persönlichkeit des Untergebenen noch weit bestimmter abgegrenzt und verselbständigt erschien, und der Gewalthaber „*velut extraneus*“ war. Die Ausbildung dieses Instituts scheint hauptsächlich Labeo's Verdienst gewesen zu seyn (s. z. B. *fr. 5. § 7. 13; fr. 7. § 4. D. de trib. act. 14, 4; fr. 65. § 1. D. de legat. III.*), und wir haben anzunehmen, daß überhaupt diese Ausbildung vorzugsweise in die Kaiserzeit fällt. Aus *fr. 1. 3. 5. D. eod.* ersehen wir, daß das Handelspeculium vorwiegend für Sklaven gebräuchlich war, gewissermaßen ein Seitenstück dazu war das Militärpeculium der Haussöhne. Wie jenes durch Labeo, so ward dieses durch Augustus geschaffen; auch das letztere kann als eine Fortbildung der Grundidee des *peculium* geachtet werden. Auch an dem Militärpeculium arbeitete sich der Gedanke der Selbständigkeit nur allmählich durch, das Militärpeculium war immer ein Peculium, d. h. die Obergewalt des Gewalthabers anerkannt, wenn auch dem *filiusfamilias miles* ein *jus testandi* eingeräumt war; Augustus sah es noch durchaus als ein *peculium* an; dann erst ward dem Sohne das Freilassungs- und sonstige Dispositionsrecht zugestanden; endlich aber galt dieser schlechthin als *loco patrisfamilias*, und nur, wofern er von seinem Rechte *inter vivos* oder *mortis causa* keinen Gebrauch gemacht hatte, erwachte das Peculiarrecht des

wirklichen *paterfamilias*. So war, ähnlich wie bei der *dos* zwischen Gatten und Gattin, hier zwischen Sohn und Vater ein gewisses Gleichgewicht der Rechte hergestellt, das Recht des Einen wirksam, aber temperirt, das Recht des Andern schlummernd, aber geschützt.

3. *Hereditas*. Aus der schon angeführten Stelle des Papinian in *fr. 16. D. de castr. pec.* (*49, 17*) sehen wir, wie *dos*, *peculium* (*castrense*) und *hereditas* in casuistischer Gemeinsamkeit auftreten konnten; ihr Zusammenhang ist aber auch eine innere Verwandtschaft. In der *dos* klang die alte Universalsuccession der Manusehe nach; bei dem *peculium* handelte es sich um Schöpfung einer zweiten Vermögenssphäre, die gleichfalls in die Lage eines successionsähnlichen Rückfalls kommen konnte; in der *hereditas* gelangte endlich die geistreiche und kühne Idee der Universalsuccession zu vollendeter Ausbildung, und durch den engen Lauf dieser Idee ward nun die ganze Fülle der erbrechtlichen Situationen hindurch getrieben. Alles kam hier auf den Gedanken hinaus, daß ein persönliches Vermögensganzes als solches überging in die Vermögenssphäre einer anderen Person, um hier nun gewissermaßen eine Provinz zu bilden und allmählich mit dem eignen Vermögen zu verschwimmen. Weniger schwierig war die Vermittlung dieser Metamorphose bei hausunterthänigen Erben, indem diese schon bei Lebzeiten *jure naturali* am Familienvermögen theilnahmen, und ihr nun erworbenes Vollrecht nur ein Erwachen schon zuständigen schlummernden Rechtes schien. Schwieriger mochte es scheinen, die civilistische Continuität der Generationen zu retten, wo die Succession auf dem reinen Privatbelieben des Testators stand.

Da den Römern die Einheit der Familiengenossenschaft in der Person des Familienhauptes aufging, so mußte, um jenen erbfolgemäßigen Zusammenhang zu gewinnen, ein besonderer Weg eingeschlagen werden: wir erkennen ihn am deutlichsten in dem wichtigen Dogma von der *hereditas jacens*. Galt die Person des Erblassers mit dem Tode als wirklich und völlig vernichtet, so mußte eigentlich der Nachlaß auf seine körperlichen Elemente einschrumpfen und bez. in sie zerfallen. Allein das entsprach einmal nicht dem Nationalsinn, dessen Energie dem Willen des *paterfamilias* die Macht eines schöpferischen Fortwaltens zusprach, und auch das praktische Bedürfniß forderte den Gedanken der civilistischen Unsterblichkeit des Römers, d. h. das Fortwirken seiner Person im hinterlassenen Vermögen, welches durch diese Macht zusammengehalten und dirigirt wurde.

Das juristische Nachdenken konnte schwanken zwischen dem abgeschiedenen Erblasser und dem künftigen Erbfolger: wer sollte als Träger der *bona defuncti* inmittels gelten, und wessen Persönlichkeit die *hereditas jacens* beleben, so daß Nachlaßsklaven *ex persona domini* contrahiren könnten? Auch die Röm. Jurisprudenz scheint lange geschwankt zu haben. Zu Labeo's Zeit war hier noch ein Chaos, die *hereditas jacens* galt wie *res nullius*, Labeo sagte, *„eo tempore nemo dominus est"* (*fr. 1. pr. D. de rer. div. 1, 3; fr. 3. pr. § 1. D. de pecul. 15, 1;*

fr. 13. § 5. D. quod vi 43, 24; fr. 1. § 1. D. si is qui test. 47, 4); aber man nannte auch die *hereditas* selbst *domina:* dies war die positive Wendung jenes ersten Gedankens, aber sie war noch ohne reale und civilistische Bestimmtheit, denn wenn die Erbmasse als Rechtsganzes gelten sollte, mußte dieses doch auf eine bestimmte Persönlichkeit bezogen, fundirt werden. Die Einen blickten nun nach dem künftigen Erbfolger aus, während die Anderen sich nach dem *defunctus* umschauten, und dieser letztere Rückhalt mußte als der bessere erscheinen, da er der civilistische Reflex jener nationalen und idealen Anschauung vom geistigen Fortleben und Fortwalten des Ahnen, des *paterfamilias*, des *testator* war (*fr. 195. § 2. 4; fr. 220. § 3. D. de V. S.*). Daß der Nachlaß nicht *res nullius*, das Subject aber auch nicht eine abstracte Potenz sei, daß ferner als das Subject nicht der künftige (noch ungewisse) Erbfolger, sondern der dem Irdischen entrückte und doch noch im Nachlaß fortlebende und ihn beseelende *defunctus herus* zu gelten habe: dies ward zuletzt allgemeine Theorie, und nach Ulpian's Angabe hat Julian das Verdienst dieser dogmatischen Schöpfung (*fr. 33. § 2. D. de acq. dom. 41, 1*). Florentinus adoptirte das Dogma (*fr. 116. § 3. D. de legat. 1.*); Gaius zeigt noch den Uebergang vom Früheren auf dieses Dogma (*fr. 31. § 1. D. de her. inst. 28, 5: creditum est, hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere*), Ulpian aber fußt vollständig in dem Satze Julian's, denn er sagt: *hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est* (*fr. 34. D. de rer. dom. 41, 1*). Damit war die umhergetriebene *hereditas jacens* endlich zu ihrer Ruhe in der Dogmatik gekommen, und die Doctrin im Einklang mit der Volksanschauung, der zufolge der Erbfolger (eben nur) als Repräsentant des Erblassers, dessen Persönlichkeit er in sich aufzunehmen und fortzusetzen Beruf und Ehre habe, die Erbschaft erwerbe und behalte. —

Es geht durch die Entwicklung der aufgeführten drei Rechtsinstitute (*dos, peculium, hereditas*) ein bestimmter Faden: die Idee der Spannung; es ist der besondere Typus eines civilistischen Schlummer- oder Pendenzzustandes, wie er in dem *jus postliminii* und dann in der Litispendenz so markirt zum Ausdruck gelangt ist. Die *lis pendens* ist die dogmatische und historische Schwesterfigur der *hereditas jacens.* Diese Idee der Pendenz erscheint am schwächsten in der *dotis causa*, am vollkommensten entwickelt in der *hereditas jacens;* sie kann in zwiefacher Richtung gehen, welche der Idee der Suspensiv- und Resolutivbedingung entspricht. Bei dem *peculium*, wie bei der *hereditas* lassen sich beide Richtungen wohl unterscheiden. — Ich habe oben das Dotalrecht der Ehefrau ein schlummerndes Recht genannt: dem entspricht die von Julian in *fr. 7. § 1. D. de fundo dot.* (*23, 5*) behandelte Frage, wie eine durch *confusio* verlorne Prädialservitut der Frau wieder verschafft werde, wenn die *dos* zu restituiren ist: *officio de dote judicantis continebitur, ut redintegrata servitute jubeat fundum reddi;* man kann auch sagen, der Gewalthaber, welcher seiner Tochter eine *dos* aussetzte,

habe eine Anwartschaft auf Rückfall der *dos* bei Ehetrennung gehabt, in ähnlicher Weise, wie ein *paterfamilias* eine Anwartschaft hatte auf Rückfall des Militärpeculium, wofern der *filiusfamilias miles intestatus* verstarb. Schon im ausgebildeten *profecticium peculium* mit *libera administratio* lag die Idee einer Spannung, insofern im Falle der Emancipation das nicht zurückgezogene Peculium freies Eigenvermögen des Sohnes ward; es war dieser Fall eine Analogie des Erbschaftserwerbs seiten eines *voluntarius heres*, d. h. es cessirte oder schwebte gewissermaßen das Recht des Erben, indem dieser erst erwarb, wenn er sich durch einen Rechtsact dafür entschied: der Vergleieh mit dem Rechtsbegriff der Suspensivbedingung lag nicht fern. Auch das Militärpeculium erinnerte an die Bedingung, aber an die Resolutivbedingung, denn das castrensische ward Eigengut, resolutiv bedingt durch Nichtgebrauch des Testirrechts des Sohnes; derselbe Tryphonin, welcher die Formel des Dotalrechts feststellte, scheint auch diese Idee des Militärpeculium formulirt zu haben, indem er die *similitudo postliminii cujusdam* herbeizog (*fr. 19. § 3. D. de castr. pec. 49, 17*). Aehnlich erscheint die Erbfolge des *suus heres* als eine durch das *beneficium abstinendi* gewissermaßen resolutiv bedingte. — Aus Gaius 2, 195. 200 und 4, 78 erkennen wir, wie gerade unter den Proculianern und Sabinianern solche Quiescenzverhältnisse in Frage und Streit waren; möglich daher, daß auch die obigen Anschauungen Resultate des die Dogmen vertiefenden Schulenstreites waren.

C. In dem Bisherigen ist Einiges von dem berührt, was wahrscheinlich in den Bereich der *libri IV singulares* gehört. Ebendahin ist Folgendes zu rechnen.

In mancher Beziehung ging der Zug des Erbrechts darauf, den souveränen Willen des Erblassers zu beschränken. Ein solches Gesetz von höchster Wichtigkeit war die *lex Falcidia* (40 v. Chr.) gewesen, wodurch gewissermaßen ein Pflichttheilsrecht des Testamentserben geschaffen wurde; darauf folgte die Anerkennung des Pflichttheilsrechts der gesetzlichen Erben durch die Centumviralpraxis. Hiermit war bedeutend hineingegriffen in das „Himmelreich der Römischen Freiheit", und jener Ciceronianische Satz: „*in publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum*" (*Philipp. II, 42*) war gefährdet. Daher galt es, innerhalb der gezogenen Schranken die *ultima voluntas* nach allen denkbaren Richtungen hin zu entfalten und zu wahren; war doch das Testament eine *testatio mentis* (*Serv. Sulpicius* bei *Gell. 6, 12*)! Und die classische Jurisprudenz hat sich dieser Aufgabe in einer Weise unterzogen, daß noch Constantin zu sagen berechtigt war: *Nihil est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit arbitrium* (*l. 1. C. de sacros. eccles. 1, 2*). Die *heredis institutio* konnte eine *scriptio* oder *nuncupatio* seyn. Der Testator konnte Einen (*heres ex asse*) oder mehrere Erben neben einander (*coheredes*) oder nach einander (*substituti*) ernennen; er konnte die *coheredes* zu gleichen

oder ungleichen Theilen, einzeln oder gruppenweise einsetzen, so daß letzternfalls durch die *conjunctio* gewissermaßen mehrere Linien formirt wurden; er konnte die *substituti* einfach und wechselseitig substituiren und durch die Aufstellung mehrerer Substituten gewissermaßen nähere und entferntere Grade der Succession formiren. Er konnte einen oder auch mehrere Erben mit einem *modus*, oder mit Damnationslegaten, Singular- und Universalvermächtnissen belasten; er konnte die mehreren Erben zu proportionalen oder zu gleichen Theilen belasten; er konnte auch Intestaterben Vermächtnisse auferlegen. Er konnte sogar durch *institutio ex re certa* und Prälegat eine höchst merkwürdige Verbindung und Verschlingung der Universal- und Singularsuccession herbeiführen. Er konnte Vormünder ernennen und über das künftige Vermögen seiner unmündigen Kinder Bestimmung treffen. Er konnte die Veräußerung von Mündelgütern durch den Vormund verstatten, Accrescenz verbieten und von der Collationspflicht entheben. Weniges blieb, was der Testator nicht vermochte, und die hermeneutische Jurisprudenz kam dem letzten Willen allenthalben mit ebenso viel Ausdauer, als Feinheit zu Hülfe. Paulus sagte: *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (*fr. 12. D. de R. J.*); es ist, als ob man die Sprache des Apostels Paulus hier vernähme, welcher sagte: „Verachtet man doch eines Menschen Testament nicht, wenn es bestätiget ist, und thut auch nichts dazu" (Gal. 3, 15). Die Nation wachte über der Heiligkeit letzter Willen, wie Aegypten über den Mumien seiner Vorfahren.

II.

Der dogmatische Höhepunkt der Jurisprudenz.

Zu § **338**] Man hat es als die höchste That der classischen Jurisprudenz gepriesen, daß sie die Freiheit des *jus gentium* in das System des Röm. Rechts hineingearbeitet hat. Mir scheint aber, daß die Röm. Jurisprudenz noch höher gestiegen ist. Sie hat die tiefsten Wurzeln des Rechts aufgegraben und gleichsam in das Paradies des Rechtslebens zurückgegriffen. So ist es ihr gelungen, für eine Anzahl der feinsten und edelsten Rechtsbezüge civilistische Fundamente zu schaffen, das Recht dem wahren Ideal beträchtlich anzunähern und die Welt des Rechts mit den werthvollsten Ideen zu bereichern. Es gehörte aller Adel und Schwung, dessen das Heidenthum überhaupt fähig war, dazu, um dem Sklaven eine, wenn auch gebundene, Persönlichkeit zuzuschreiben; so weit in dieser Richtung vorgegangen werden konnte, ohne das System des nationalen Rechts über den Haufen zu werfen, sind hier die Koryphäen gegangen; es scheint, daß Ulpian die letzten denkbaren Consequenzen zog, und es ist klar, daß über ihn hinaus nur noch ein Fortschritt mit den Mitteln und in den Bahnen des Christenthums möglich war. Vielleicht dürfte der Colonat als eine solche fortsetzende Arbeit des Christenthums verstanden werden, und

dieses eigenthümliche Institut nicht lediglich von politischen und wirthschaftlichen Gesichtspunkten aus zu begreifen seyn. — Ich habe oben schon gewagt, unsere rechtsgeschichtliche Frage durch eine kunstgeschichtliche Analogie aus dem Hellenenthum zu illustriren, und möchte hier nochmals darauf zurückkommen. Helbig (in Fleckeisen's Neuen Jahrbb. f. Philol. u. Pädag. 1867. S. 649ff.) sagt u. A.: „In der jüngeren attischen Bildhauerschule begegnen wir einer Richtung, die niedrigeren halbthierischen Gestalten der Mythologie zu vermenschlichen und in das Reich der Schönheit zu erheben: eine Richtung, die in der Satyrbildung des Praxiteles ihre herrlichste Blüte entfaltete. Auch hiefür finden wir ein Uebergangsglied in der Kentaurenfamilie des Zeuxis, wo die Kentauren, bisher im Allgemeinen als rohe sinnliche Geschöpfe aufgefaßt, zu menschlichen Empfindungen erhoben erscheinen.“ Die Kentauren nahmen die gleiche Stelle im System der hellenischen Kunstwelt ein, wie die Sklaven im socialpolitischen Verkehrssystem der Römer. Auch diese erhoben allmählich die Sklavenwelt in eine höhere wirthschaftliche Region, und indem sie die Idee der (*dominica*) *potestas* ausbildeten (Ulp. in *fr. 1. § 5. D. de pecul. 15, 1*), gelangten sie zu Sätzen, in deren letzter Consequenz jener schließliche Grundsatz lag, daß *jure naturali* Sklaven frei und alle Menschen gleich seien. Nicht die Thierwelt, aber eine Menschenclasse, welche ehedem *de jure* den Thieren fast gleich stand — dies der eigentliche Sinn der merkwürdigen Definition des *jus naturale*, — ward so gleichsam vermenschlicht, und eine der schönsten Blüten der ausgehenden heidnischen Civilisation zur Frucht gebracht. Diese commercielle Emancipation des Sklaventhums war aber nur der Gipfel eines ganzen Systems bedeutungsvoller Dogmen.

Die classische Jurisprudenz, wie sie die *obligationes civiles* verfeinerte und erweiterte und die *honorariae* aus den im Edict formulirten Klagen entwickelte, gestaltete und umrahmte auch gewisse *aequitatis vincula* dermaßen, daß sie das Gepräge von *obligationes* erhielten; das waren die *naturales obligationes*, d. h. solche, denen, gleichwie den Sklaven, die *persona standi in judicio* mangelte, oder Obligationen, die gleich den Sklaven untergeordnet, gefangen und unselbständig waren. Es war das eine Gedankenarbeit von der größten Schwierigkeit und Wichtigkeit, und schwer ist zu sagen, von wo sie anhob. Vielleicht war der Punkt, wo eingesetzt ward, der naturale Zahlact und das Bedürfniß, im Civilproceß die Obligation durch den Kampf und Verzehrungsact der Litiscontestation hindurch zu retten. Eine Naturalobligation war eine Obligation, welche Zahlung zuließ, aber außerhalb des *limen judicii* blieb: so ward sie nicht angetastet durch den Civilact der Litiscontestation und blieb auf Naturalacte angewiesen. Sehen wir also zu!

Pomponius unterschied, ob eine Obligation *naturaliter* oder *civiliter* resolvirt werde (*fr. 107. D. de sol. 46, 3*); entsprechend wurden auch naturale und civile Begründungsarten (*datio, stipulatio*) unterschieden, und sonach hießen *naturales obligationes* solche, welche durch

einen reellen Vorgang, durch eine Leistung von Vermögenswerth begründet wurden. Von diesen ging Paulus (*fr. 10. D. de O. et A. 44, 7*) in seiner Schrift *ad Sabinum* aus: Sabinus mochte eben nur diese Bedeutung, welche durch die nicht lange vorher begründete Theorie der *condictiones sine causa** vorbereitet war, hingestellt haben. Allein seitdem hatte die Jurisprudenz noch in einem anderen feineren Sinn von *naturales obligationes* zu sprechen angefangen, und der Umstand, daß Paulus dort mit den Worten des Julian, welche in *fr. 16. § 4. D. de fidej. (46, 1)* aufbewahrt sind, den Uebergang von den Naturalobligationen im alten äußerlichen oder materiellen Sinn zu den formalen Naturalobligationen macht, regt die Vermuthung an, daß durch Julian's Autorität der Begriff der *naturales obligationes* als klagloser oder unvollkommener durchgesetzt worden seyn möge.** Daß zu des Servius Sulpicius Zeit solche Naturalobligationen noch gänzlich außer der juristischen Denkmöglichkeit lagen, sehen wir aus einer Angabe des Namusa, welche uns von Javolen (in *fr. 40. § 3. D. de condit. 35, 1*) aufbewahrt ist; wir sehen aber auch aus dieser Mittheilung, wonach ein Römer seinem freizulassenden Sklaven „*aureos, quos in tabulis debeo*" legirte, daß in der Volksanschauung schon damals Sklaven Schuldverhältnisse hatten, und daß die Jurisprudenz zuerst durch die Interpretation letzter Willen auf die Idee von Sklavenobligationen geführt werden mußte. Javolen, der Zeitgenosse und Lehrer Julian's, sprach seine Anerkennung dieser Naturalobligationen aus; er that dies in seinem Auszuge des von Labeo hinterlassenen Civilrechtssystems, woraus wir vielleicht schließen dürfen, daß Labeo, der Urheber der Specificationstheorie, der Erfinder der *locatio operis*, der Förderer des Handelspeculium und der Prophet so vieler wirthschaftlicher Neuerungen, auch das Verdienst hatte, den ersten Anstoß zur Entwicklung der Naturalobligationen zu geben; es würde dieses Verdienst gut stimmen zu jener Richtung der Proculianer, welche die Idee der Proceßobligation und Proceßconsumtion zur Geltung brachte; was die Sabinianer etwa zur Ausbildung der werthvollen Theorie der Naturalobligationen beitrugen, mag seinen Ausgangspunkt in jenen Naturalobligationen im alten Sinn gehabt haben. Julian würde somit, wie so oft, auch in dem Dogma der Naturalobligation das durch Labeo Begonnene zu einem gewissen Abschluß gebracht, Proculianer und Sabinianer vereinigt und die letzte Stufe, die in Ulpian sich verwirklichte, vorbereitet haben.

Der praktische Werth dieser Naturalobligationen bestand für den Verkehr im Allgemeinen zunächst darin, daß sichernde Accessionen, z. B. Pfand oder Bürgschaft, hinzukommen konnten, in denen dann die an sich so gut wie leblose Obligation auf- und fortlebte, und wenn man sich zur Anerkennung der Compensabilität der Naturalobligationen erhob, so waren diese sogar den klagbaren um ein Bedeutendes praktisch

*) s. Kuntze Ueb. d. *mos Civitatis* i. d. Münchener krit. Ueberschau IX (1867) S. 524.
**) s. Kuntze ebend. S. 522.

angenähert, denn der Compensationsweg ist gewissermaßen eine beschränkte Actio: es scheint aber, daß erst von Ulpian (*fr. 6. D. de comp. 16, 2: ad Sabinum*) das Wagniß dieser Anerkennung ausging. Vergl. Schwanert d. Naturalobligat. S. 218. 239 und Dernburg Pfandrecht II. S. 576. So entstand eines der sinnreichsten Gebilde, welche das Römische Rechtsbewußtseyn zu Tage förderte, und noch heute können wir den dort entwickelten Grundgedanken (in freier Weise) verwerthen für gewisse nur die *fortune de mer* ergreifende seerechtliche Obligationen.*

Die Verkehrsstellung der Sklaven legte es besonders nahe, sie als Subjecte naturaler Obligationen anzuerkennen; je häufiger Freilassungen vorkamen, um so mehr ward überhaupt der Blick auf die Eventualität künftiger Freilassung hingelenkt, und gerade Sklaven von wirthschaftlichem Unternehmungsgeist waren solcher Eventualität näher gerückt. Mit der Annahme naturaler Obligationen aber war auch die Idee einer naturalen Rechtspersönlichkeit gegeben. An verschiedenen Punkten tauchte die Frage auf, ob den Sklaven eine rechtliche Macht zuzugestehen sei, so in dem von Ulpian mit ökonomischen Folgerungen verbundenen Satze: *licet servis naturaliter in suum corpus saevire* (*fr. 9. § 7. D. de pecul. 15, 1*). Besonders wichtig war es, auf Grund der Peculienconcession zwischen Gewalthabern und ihren Sklaven oder Haussöhnen Naturalobligationen anzunehmen und so den gegenseitigen Abrechnungen eine klare und sichere Basis zu schaffen.

Den Sklaven und Haussöhnen standen die *capite minuti* und *pupilli* zur Seite: auch auf diese also ward jener ergiebige Begriff angewendet; insonderheit gehörte die Frage, welche Wirkung das Contrahiren des Mündels ohne Vollwort seines Vormundes habe, zu den wichtigsten und, wie es scheint, zu denen, wo die Juristen am feinsten distinguirten und zuspitzten. Nicht in allen Fällen sollte da eine Naturalobligation entstehen, sondern (?) vornehmlich nur dann, wenn *re* contrahirt d. h. die Voraussetzung eben einer Naturalobligation in jenem Sabinianischen Sinn gegeben war (s. Brinz, krit. Blätter, No. 3. S. 15. 47.), und die Naturalobligation sollte hier auch nicht sämmtliche Wirkungen haben, sondern gleichsam nur in einer anderen (Neben-) Person wirksam werden können (s. Schwanert, d. Naturalobl. S. 388). Neben der Theorie der bedingten Novation (s. z. B. Kniep Einfluß d. bed. Nov. a. d. urspr. Obl. 1860. S. 4. 14. 49ff. 94ff. 121; Römer, d. bed. Nov. 1863. S. 103. 172—187) ist vielleicht kein Stück des Röm. Obligationenrechts so fein und elegant, wie diese pupillarische Naturalobligation, und nur die *obligatio judicio inclusa*, d. h. die auf ihren Naturalbestand reducirte und gleichsam in die Proceßobligation geborgene Obligation, die selbst das (ungerecht freisprechende) Erkenntniß sollte überdauern können, wäre noch daneben anzuführen.

---

*) s. Kuntze i. s. Ausg. d. v. Holzschuher'schen Theorie u. Casuistik d. gem. Civilrechts (ed. 3. 1864) III. S. 43.

III.

Particuläres *jus gentium.*

Zu § **340**] Von einem dem *jus Romanorum* coordinirten d. h. allgemeinen und als ein Reichsrecht geltenden *jus peregrinorum* konnte jetzt immer weniger mehr die Rede seyn, denn das Verhältniß der Röm. Bürger ward an Zahl so überwiegend, daß die Peregrinen die Ausnahme bildeten. Entschieden war dies seit Caracalla der Fall. Allein auch sachlich hatte das peregrinische *jus gentium* aufgehört, eine eigene Rechtsmasse darzustellen, seitdem Alles, was dieses *jus gentium* an allgemeinem und bleibendem Werth hatte, durch die Römersitte, den Prätor und die Jurisprudenz dem System des Römischen Rechts zugeführt und einverleibt worden war (vergl. v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilpr. II. S. 15. 134). In dem *jus militum*, welches jetzt als zweite Hemisphäre des Reichsrechts aufkam, waren vollends alle nationalen Bande gesprengt: seitdem konnte *jus gentium* nur noch als particuläres Provinzial- und Localrecht in Frage kommen. Wir treffen in den Abhandlungen und Gutachten der classischen Juristen gar nicht selten auf Andeutungen particularrechtlicher Phänomene,* allein sie haben für das Verständniß der damaligen Verkehrswelt keinen andern Werth, als die kleinen, fliegenden Wolkenschatten, welche über ein sonniges Hochland den Reiz des spielenden Wechsels streuen. Es zeigen sich hier und da barbarische Sitten, welche kaum etwas Mehreres als verschwindende Dissonanzen im großen Röm. Völkeraccorde sind, und nur etwa Aegypten mit seiner geologischen Eigenthümlichkeit und politischen Ueberlieferung behauptete noch das Ansehn eines Gestirns, welches nicht bloß von der Röm. Centralsonne Licht empfing, sondern Quelle eignen Lichtes war.

Es hat kein speciell juristisches, sondern mehr nur ein culturgeschichtliches Interesse, zusammenzustellen, welche particularrechtlichen Regeln noch im Reiche bestehen blieben; theils waren es einheimische Gewohnheiten, theils ausdrücklich gewährte kaiserliche Privilegien. Dahin gehörten das im proconsularen Edict begründete Privileg Bithyniens, welches den Gemeinden einen Concursvorzug gewährte (*Plin. Ep. 10, 108. 109*), das von August an Nicaea verliehene Privileg, vacante Erbschaften der Bürger an sich zu nehmen (*Plin. Ep. 10, 87*), die Zulässigkeit der Ehe mit der Wittwe des Bruders in Aegypten (*l. 8. C. de inc. nupt. 5, 5*), die Polygamie der Juden (*l. 7. C. de Judaeis 1, 9*), die Capitalstrafe gegen *lapidum positio* in Arabien und *chomatum ruptio* in Aegypten (*fr. 9. 10. D. de extrao. crim. 47, 11*). Vergl. Voigt das *jus naturale* und *gentium* d. Römer II. S. 788—829. — Im Großen und Ganzen war an die Stelle des Gegensatzes von *jus Romanorum* und *peregrinorum* der des *jus militum* und *privatorum* getreten.

---

*) s. oben Excurse S. 201.

XXXI. Kapitel.

VI. Rechtspflege.

(Zu § 341-351)

I.

Der Criminalproceß in der Kaiserzeit.

A. Die Capitalgerichtsbarkeit über Hausangehörige, welche von den Familienhäuptern unter Zuziehung der Verwandtschaft geübt wurde, ging in der Kaiserzeit an den Senat über (*Senec. de clem. 1, 15; Tac. Ann. 2, 50; Suet. Tib. 35*; *fr. 5. D. si a par. 37, 12*), doch ward den Familienhäuptern und Cognaten eine gewisse Mitwirkung auch fortan eingeräumt (*l. 3. C. de patr. pot. 8, 47*), und Tödtung eines (eignen) Hauskindes galt nicht als *parricidium*. In minder schweren Fällen blieb das häusliche Zuchtrecht anerkannt. Dagegen ward den Privaten die Capitalgerichtsbarkeit über ihre Sklaven genommen (*Spartian. Hadr. 17*), und Ant. Pius stellte die willkürliche Tödtung des eignen Sklaven der eines fremden gleich (*Gai. 1, 53*). Rudorff II. § 99.

Die bereits sehr eingeschränkte Criminalgerichtsbarkeit* der Comitien ging an den Senat, kaiserliche Beamte und den Princeps selbst über. Indem nicht selten von dem Letzteren solche Fälle, die eigentlich vor eine (vom Senat anzuordnende) *quaestio extraordinaria* oder vor eine der *quaestiones perpetuae* gehörten, dem Senat zur Entscheidung überwiesen wurden, gestaltete sich eine gewisse Criminalcompetenz dieser Behörde. Dieselbe erstreckte sich 1) auf völkerrechtliche und hochverrätherische Fälle (Bundesbruch, Aufruhr in Italien, Majestätsverbrechen gegen das Kaiserhaus); 2) auf Amtsmißbrauch, Erpressung, Bestechung u. s. w.; 3) auf alle Anklagen wider Mitglieder des Senatorenstandes. *Dio C. 52, 31; 53, 33*; *Tac. Ann. 3, 12. 66*. Bald kam die Provocation vom Senat an den Princeps auf (*Tac. Ann. 6, 5*), und seit Trajan verkümmerte die Competenz des Senats; nur seine Standesjurisdiction erhielt sich bis ins 3. Jahrh. (*Spartian. Sev. 7. Dio C. 74, 2*). Lange Röm. Alterth. II. S. 385.

Die durch die *leges Juliae* erheblich vermehrten *quaestiones perpetuae* mit ihren Prätores und Richterdecurien** blieben für Rom, Italien und die Provinzen alten Datums in Wirksamkeit, doch erfuhren sie wegen ihrer Schwerfälligkeit Einschränkung durch die kaiserlichen Gerichte; so kommen sie noch in der Zeit der classischen Juristen vor (*Plin. Ep. 5, 21; Quinct. 3, 10, 1; fr. 1. pr. D. de offic. ej. 1, 21*). Rudorff I. § 30 a. E. § 39. II. § 103.

Den republikanischen Beamten ging das *jus gladii* und die *animadversio major* verloren; dagegen erhielten der *Praefectus Urbi* über Rom

---

*) s. oben Excurse S. 205. **) s. Excurse S. 206 und Cursus § 343

und den Umkreis bis auf 100 Meilen, der *Praefectus Praetorio,* später die *Correctores* über Italien, in den Provinzen der *Praeses* oder *Procurator* (*vice Praesidis*) die höhere Criminaljustiz (*Collat. 14, 2. 3.*). Daneben entschied auch der Princeps selbst unmittelbar auf Vortrag der Statthalter; Deportationsstrafe über vornehme Private und höhere Beamte zu verhängen, behielt er sich überhaupt vor, und außerdem war er für alle Fälle oberste Appellationsinstanz mit dem Recht der Strafmilderung und -Schärfung (*fr. 6. § 8. D. de injusto 28, 3; fr. 15. § 1. D. de int. 48, 22; fr. 1. pr. D. quando app. 49, 4*). Rudorff II. § 104.

Das alte Anklageprincip galt auch jetzt noch als Regel (*Gallican. Avid. Cass. 2; fr. 6. § 2. D. de muner. 50, 4*). Mit dem Tode fiel jede Strafe hinweg, außer der *damnatio memoriae* und fiscalischen Confiscation bei Majestätsverbrechen (*extinguitur crimen mortalitate: fr. 11. D. ad leg. Jul. maj. 48, 5; fr. 20. D. de poen. 48, 19; fr. 20. D. de accus. 48, 2; § 5. J. de her. lib. int. 3, 1*). Gegen Sklaven trat zufolge eines Senatsconsults vom Jahre 7 n. Chr. die criminalprocessuale Fiction der Freiheit ein, und im Mangel einer ordentlichen Strafe ward dann zu einer außerordentlichen gegriffen. Rudorff II. § 127. — Die Oeffentlichkeit blieb im Ganzen bestehen, nur bei Capitalsachen der Senatoren ward sie im kaiserlichen Consistorium bisweilen beschränkt. Rud. I. § 132 a. E. Mit Ausnahme einiger Verbrechen, die nur 5 Jahre lang der Bestrafung ausgesetzt seyn sollten, galt 20jährige Verjährung. Rud. I. § 52. II. § 129.

B. Strafrechtlich sind fünf Classen von Personen zu unterscheiden: nämlich 1) die Mitglieder des Senatorenstandes (s. oben), 2) die *milites* (und *veterani*), 3) die Vornehmen (*Honestiores*), 4) die niedere Volksmasse (*Humiliores*) und 5) die Sklaven. — Die *poenae militum* waren besonders Todesstrafe durch das *fustuarium supplicium* der Kameraden oder Beil der Lictoren, *ignominiosa missio* und Disciplinarstrafen (*fr. 3. § 1. D. de poen. 48, 19; Tac. Ann. 3, 21; Val. Max. 2, 7, 6*). Rud. II. § 126. — „In der vorchristlichen Kaiserherrschaft wird das Strafrecht wesentlich von einer socialen Scheidung getragen, die in der republikanischen Jurisdiction der *Triumviri capitales* kaum im Keime vorgebildet war. Die neue Staatsordnung hatte die Gesellschaft in die beiden großen Classen der höheren und niederen Stände zersetzt. Die „*Honestiores*" sind durch Herkunft, Amt, Rang, Besitz mit der Kaiserherrschaft verflochten, ihr Kern ist die (anfangs) republikanisch gesinnte Aristokratie des Senatorenstandes, dem sich die Befehlshaberschaft des abhängigen Heeres und der Municipaladel der gedrückten Gemeinden anschloß. Ihnen gegenüber stand die große Masse der *Humiliores*, um so drohender und gefürchteter, je gehässiger und vereinzelter die Stellung ist, welche rein äußerliche Rangunterschiede ohne entsprechende politische Selbständigkeit den bevorrechteten Classen anzuweisen pflegen. Nirgends tritt die Ungleichheit bei den Kategorien vor dem Strafgesetze und dem Strafrichter schroffer hervor, als in der Strafe." Rud. II. § 98. — Sklaven waren der Folter ausge-

setzt. „Ordentlicher Weise sollte die Folter eines Sklaven nur in eigener Sache oder im Strafproceß des Herrn angewendet werden, allein das Edict August's vom Jahre 8 n. Chr. ließ in schweren Capitalfällen auch das Foltern fremder Sklaven geschehen. Freie durften nach republikanischem Rechte weder als Angeklagte noch als Zeugen gefoltert werden (*fr. 1. § 9. 10; fr. 15. D. de probat. 22, 3*); in der Kaiserzeit wurde dies ein Vorrecht der höheren Classen, und selbst diese blieben bei dem Majestätsverbrechen gegen die Person des Princeps und verwandten Unternehmungen nicht verschont." Rud. II. § 133. Die Entstehung des Rechtssatzes, daß durch Verurtheilung zu schweren Strafen eine *servitus poenae* begründet werde, gehört gleichfalls der Kaiserzeit an: hiernach hörte ein verurtheilter Sklave auf, seinem Herrn zu seyn (*servus sine domino: fr. 8. § 12. D. de poen. 48, 19*). Rudorff I. § 123. Dazu Hoeck Röm. Gesch. I. 1. S. 403ff. und Geib Gesch. d. Röm. Crim.-Pr. S. 393ff.

II.

Die processuale Obligatio und Novatio.

Zu § **349**] A. Aller Verkehr ist ein Austausch der Güter und Wettstreit der Interessen; darum je energischer die Nationalität, um so streitbarer müssen auch die Formen der Geltendmachung dieser Interessen seyn. Verkehr und Proceß waren ursprünglich in Rom nahezu identisch gewesen;* dann hatten sich Friede und Krieg geschieden, und der Proceß war seine eigne Bahn gegangen. Alle Elemente streitbarer Lust lagerten seitdem im Processe sich ab.** Der Civilproceß war das Kriegswerk im Frieden, das Turnier der Röm. Bürger, die im Sommer ihre Feldzüge machten und im Winter dem Kriegsspiel oblagen: die Processe waren ihre Wett- und Ringkämpfe im Winter; denn immer strotzt die naive Volkskraft von einem Uebermaß von Energie, welches im Spiel sich Luft macht und hart an den Ernst streift. So war das Processiren ein wichtiges und beliebtes Geschäft der Bürger und konnte als noble Passion gelten; die juristische Plastik der Römer hat darum den Civilproceß zu einer der interessantesten Schöpfungen des antiken Geistes ausgeprägt. Zuerst lehnte sich der Civilproceß an den Typus des Sachenrechts an, dann aber, als alles sich mobilisirte, nahm auch der Civilproceß eine obligationsmäßige Wendung, und in demselben Maße, als er aus der Conventionalmaxime zur Instructionsmaxime überging, nahm er mehr und mehr das Gepräge der Obligatio an†: die Obligatio ward der civilistische Typus des Röm. Civilprocesses im Formularverfahren. Aber freilich, diese Proceßobligation konnte, sachlich betrachtet, im Grunde nur eine Form, ein Gewand seyn, in welches das Rechtsverhältniß, indem es in Streit gezogen wurde, eingekleidet erschien; sie war gewissermaßen das *sagum*, welches dem Rechtsverhält-

*) s. Cursus § 93. 132. **) s. Excurse S. 142ff. 211. 214. 216. 222.
†) s. Excurse S. 218ff.

niß angethan wurde; so wurde die *res* zur *lis*, das *commercium* zum *judicium*.

In die Form einer Obligatio läßt sich jedes Vermögensverhältniß bringen, die Obligatio ist dann eben nur eine Form. Allein die Römer machten doch mit dieser Idee Ernst, und daher kam es, daß, wo die *res in litem deducta* selbst eine Obligatio war, die Wissenschaft mit besonderer Präcision und Eleganz die Folgerungen der Idee der Proceßobligation abzuwägen und auszufeilen hatte. Diese Idee zur wissenschaftlichen Reife gebracht zu haben, ist eines der Hauptverdienste der classischen Jurisprudenz, die Civilproceßobligation eines der interessantesten Monumente der antiken Welt, und nirgends so schön, wie hier, läßt sich der Fortschritt der civilistischen Eleganz studiren, durch welchen die Jurisprudenz der Kaiserzeit ihre Vorgängerschaft, die *Veteres*, überflügelte. Hier kann der Kampf des Naturalismus mit dem Idealismus oft schrittweise verfolgt werden, und Combinationen treten dabei auf, welche Ueberladungen seyn würden, wenn sie nicht so correct durchgeführt und so durchsichtig gehalten wären.

B. Auf drei hervorragende Punkte des Proceßphänomens mußte der Blick concentrirt werden: 1) die Rückwirkung des Processes auf das geltend gemachte Rechtsverhältniß, 2) die neue Grundlegung zum Austrag des Streites und 3) die Zusammenfassung des Zeitraumes, welchen die Aufeinanderfolge der Proceßacte anfüllt, in einen entscheiden Punkt. Es ist das Verdienst v. Keller's (Litiscontestation und Urtheil, 1827. § 7—23), die zwei ersten Punkte gewürdigt und dogmatisch verarbeitet zu haben, in einer Weise, die trotz mancher Mängel (s. v. Bethmann-Hollweg Civilproc. II. S. 494. Anm. 39) für alle Zeiten maßgebend bleiben wird. Der Genannte hat diese zwei Punkte als die negative und die positive Function der Litiscontestation bezeichnet, worin ihm von Bethmann-Hollweg (a. a. O. S. 510. 512) folgt. Auch v. Savigny (System VI. S. 23) verkennt diese Functionen keineswegs, denn er sagt: „Auf zweierlei Weise greift die L.-C. in das bestehende Rechtsverhältniß ein: nach der Vergangenheit und nach der Zukunft. Nach der Vergangenheit, indem die vorhandene Klage *in judicium* deducirt und dadurch consumirt, d. h. für jede neue Verfolgung unbrauchbar gemacht wird; nach der Zukunft, indem die L.-C. eine wesentliche Modification für den Inhalt des künftigen Urtheils begründet.“ Vorzugsweise aber lenkt v. Savigny unsern Blick auf den dritten Punkt, d. h. auf die Gestalt des Processes als eines schwebenden Verhältnisses, denn er sagt (S. 48): „Indem nunmehr die Wirkungen der L.-C. dargestellt werden sollen, sind dieselben an den Grundsatz anzuknüpfen, nach welchem die Aufgabe dieses Rechtsinstitutes auf die Ausgleichung der nachtheiligen Folgen geht, welche aus der an sich nicht wünschenswerthen, aber unvermeidlichen Dauer des Rechtsstreits entspringen“. v. Savigny ergänzt hiermit gewissermaßen die Keller'sche Construction. v. Keller ist der Idee der Litispendenz nie ganz gerecht geworden; indem er

auch dem Urtheil eine novatorische, Kraft beilegte, verflachte er die Bedeutung der L.-C. und verzerrte die Gestalt der Proceßobligation; die L.-C. ist nicht aus der *res judicata*, sondern diese aus jener zu erklären. v. Savigny selbst war hier auf der falschen Fährte gewesen (System V. S. 325), allein er corrigirt sich später (System VI. S. 26) unter Berufung auf Wächter (Erörterungen a. d. Röm., Deut. u. Württemb. Privatr. 1846. Heft 3. S. 47), indem er sagt: „Insbesondere muß ich auch jetzt die neue Novation aufgeben, die ich früher als im Urtheil liegend angenommen habe, verleitet durch die Fassung des alten Rechtssprüchworts bei *Gai. 3, 180* und *fr. 29. D. de nov. 46, 2. . . .* Der praktische Erfolg ist hier auch gewiß derselbe, wie bei einer wirklichen Obligation, indem der Kläger nicht mehr sein früheres Recht neben dem Urtheil und wider dasselbe geltend machen kann. Nur bezweifle ich, daß jemals ein alter Jurist den Ausdruck *novatio* von dem Urtheil gebraucht haben möchte; die Tilgung *ipso jure*, die der eigentliche Karakter der Novation ist, war ja mit der L.-C. schon vollendet, und für eine neue Novation war kein Raum vorhanden.“ Indem nun aber v. Savigny (VI. § 260—279) vorzugsweise die Litispendenz ins Auge faßt, verliert er gleichsam den durch v. Keller gelegten Boden unter den Füßen: die Savigny'sche Idee eines fingirten Vertrags, welcher in der L.-C. enthalten seyn soll, und wogegen schon Donellus (XII, 14. § 6—9) sich erklärt hatte, trägt ein geschraubtes Wesen in das Proceßbild hinein und verführt zu mißbräuchlicher Verbindung der L.-C. mit der *stipulatio judicatum solvi;* das Consumtionsdogma (s. oben sub 1) wird in einer viel zu engen Bedeutung gefaßt, und dadurch das Proceßbild unvollständig (System VI. S. 29. 307); endlich kommt v. Savigny an anderen Orten (z. B. VIII. S. 510. Obl.-R. I. S. 191) auf die *res judicata* in einer Weise zurück, daß es scheint, als ob er derselben noch immer eine selbständige und gleichsam schöpferische Bedeutung beilege. — So blieb denn der Doctrin manche Zweifelhaftigkeit zu beseitigen übrig; in neueren Schriften ist dies insoweit gelungen, daß wir nun ein im Ganzen zutreffendes und lehrreiches Bild von der antiken Proceßobligation und Proceßnovation besitzen. Vergl. Buchka Einfluß des Processes (1846. 1847). Römer d. Erlöschen d. kläg. Rechts nach der Einl. d. Proc. (1852). v. Keller Röm. Civilproceß 1852ff. § 59—62. Bekker d. process. Consumtion (1853) S. 8ff. Kuntze die Obligation und Singularsuccession (1856) S. 180—186. 210—217. Rudorff II. § 71. 78—81. Krüger Processual. Consumtion und Rechtskraft (1864) § 9. v. Bethmann-Hollweg II. S. 483—529.

C. Es sind zunächst die zwei Ideen der processualen Obligation und der processualen Novation, mit welchen zu operiren ist. Diese an sich civilistischen Figuren treten hier als Proceßphänomene auf, und es ist klar, daß eine solche Anwendung oder Transposition nicht ohne erhebliche Modificationen zu bewerkstelligen war. Eine Proceßobligation ist eben keine Verkehrsobligation, eine Proceßnovation keine einfache Geschäftsnovation, denn Krieg ist nicht Frieden,

das *sagum* keine *toga*, und der Proceß nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck; der Proceß dient dem Verkehr, er ist eine Episode, und seine Aufgabe muß sich in vorübergehenden Thatsachen erschöpfen. Der Civilproceß war mithin eine durch diese Aufgabe modificirte Obligation und Novation, und die Frage drängt uns, in welchen Momenten diese Modificationen hervortreten.

Jene durch v. Keller und v. Savigny herausgearbeiteten drei Punkte sind es, welche die Antwort der Dogmatik enthalten. Diese Punkte sind aber im Grunde nur neue Formulirungen dreier Sprüchwörter, in welchen die Röm. *Veteres* ihr Proceßbild gleichsam einrahmten*: 1) *vetus proverbium, ne bis de eadem re sit actio*, 2) *apud Veteres scriptum, debitorem post litem contestatam condemnari oportere*, 3) Julian's Satz: *causa ejus temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori* (*fr. 91. § 7. D. de leg. I.*), was auch so ausgedrückt wurde: *post litem contestatam actori causa praestanda est* (Papin. in *fr. 3. § 1. D. de usur. 22, 1*) oder: *puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit, i. e. omne quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset* (Paul. in *fr. 31. pr. D. de reb. cr. 12, 1;* dazu Gai. in *fr. 20. D. de rei vind. 6, 1* und in *fr. 19. § 7. D. de usur. 22, 1*). Diese drei Sätze fassen das, worauf es im Civilproceß ankommt, gewissermaßen von der äußeren und materiellen Seite auf; so scheinen sie unvermittelt neben einander zu stehen; allein wenn sie in ihre Wurzeln verfolgt werden, ergibt sich ihr Zusammenhang. Sie sind im Grunde der mehrseitige Ausdruck des einen plastischen Zuges, welcher durch den Organismus des Röm. Civilprocesses hindurchgeht. v. Keller (Civilproc. § 60) hat denselben eine „rechtliche Verarbeitung des Klagrechts", Rudorff (II. § 71. 81), die positive Function mehr betonend, eine „Umbesserung der Lage des Klägers", oder eine „Rechtsverjüngung", und v. Bethmann-Hollweg (II. S. 488) eine „Umgießung in eine andere obligatorische Form" genannt. Es soll damit zunächst im Allgemeinen ausgedrückt werden, daß der Röm. Civilproceß (anders als unser heutiger Civilproceß, der kein civilistisches, sondern ein publicistisches Phänomen ist, und daher keine innere Metamorphose der *res in litem deducta* zu Wege bringt, vielmehr nur in ein äußerliches oder mechanisches Verhältniß zu derselben tritt und sich neben und außerhalb derselben abspinnt) civilistisch influirt und eingreift in das geltend gemachte Rechtsverhältniß, so daß dieses organisch umgebildet und gewissermaßen erneuert wird. So weit der Civilproceß reicht, so weit durchdringt er das fragliche Recht: das Rechtsverhältniß wird ein Streitverhältniß, das Recht empfängt seine Wehr und Rüstung, und diese Einkleidung und Ausstattung ist zugleich eine innere Veränderung und Kräftigung. Der Proceß verbirgt und trägt in sich die Seele des verfolgten Rechts, rettet und sichert also den in der Rüstung ver-

---

*) s. Cursus § 255. 256.

borgenen Körper, indem er denselben erneuert und verjüngt. So erscheint m. e. W. das Proceßphänomen als eine Wiedergeburt des Rechtsverhältnisses. Es ist aber selbstverständlich, daß diese Umbildung und Palingenesie sich auf die durch den Proceß selbst gegebenen Grenzen beschränkt: weil nun der Proceß ein Zusammenhandeln bestimmter Personen ist, so kann er wesentlich nur für diese selbst eine umbildende Bedeutung haben, d. h. die Umbildung ist relativer Natur und ergreift daher nicht das Rechtsverhältniß, wenn dieses den Karakter absoluter Dinglichkeit hat, völlig, d. h. nicht das dingliche Recht selbst, sondern nur die Klage gegen das bestimmte Proceßsubject wird umgebildet. So nimmt der Proceß über dingliche Rechte in der That einen obligationsähnlichen Karakter an, und es läßt sich recht wohl hier von einer Proceßobligation reden, welche im Röm. Recht noch darin ihren karakteristischen Ausdruck fand, daß der Proceß immer der *pecuniaria condemnatio* zustrebte. Weit tiefer aber noch greift folgeweise der Civilproceß in Obligationen ein, die ja gewissermaßen sich in der Klage erschöpfen, und dem Proceß homogene Existenzen sind. Daher ist das Bild einer *obligatio in litem deducta* ein ganz besonders prägnantes, und hier spitzen sich die Consequenzen der Proceßobligation ins Allerfeinste zu. Für die *obligatio*, vornehmlich für die *actio in jus concepta* im *judicium legitimum* (*Gai. 3, 181; 4, 107*), aber dann auch im *judicium imperio continens,** ist der Civilproceß in Wahrheit eine civilistische Wiedergeburt, und dieses Phänomen ist durch die ganze Organisation des classischen Civilprocesses so mit Nothwendigkeit gesetzt, daß es eine fast unbegreifliche Philisterhaftigkeit ist, nicht zu sehen, daß das Prätorische Exceptionensystem im Grunde ganz dasselbe leistet, und die Idee der processualen Novatio durch die Idee der processualen Obligatio nicht bloß unter gewissen, sondern unter allen Umständen bedingt und gefordert ist.

D. Das Wesentliche der (civilistischen) Wiedergeburt ist, daß das Rechtsverhältniß so, wie es im Streitbeginn dargestellt und solenn zusammengefaßt ist, geläutert und fixirt wird, um mit neuem Körper (schließlich mit der *actio judicati: Gai. 4, 180*) überkleidet, und so salvirt, verjüngt und verewigt zu werden. Geht der Streit in Sieg über, so ist die Umkörperung und Umgestaltung zugunsten des Klägers entschieden und vollendet; es ist aber eine Durchgangsstufe, und mithin der Proceß ein Verhältniß der Spannung (s. unten sub 3): dies muß in Rechnung kommen, wenn die Entscheidung da ist. — Diese Wesenheit des Civilprocesses stellt sich in drei Dogmen der classischen Jurisprudenz deutlich dar, welche die vollendeten Ausdrücke jener alten drei Proceßregeln sind und kurz als das Consumtions-, Inclusions- und Pendenzdogma bezeichnet werden mögen. Eingehendere Erörterungen dürften ergeben, daß die Ausbildung der ersten hauptsächlich ein Verdienst der Proculianer, die der dritten ein Verdienst der Sabinianer, und

*) s. Cursus § 226.

die Vervollkommnung des zweiten durch Benutzung der Idee der Naturalobligation ein Verdienst der versöhnten classischen Jurisprudenz war.

1. Consumtion. Wie die Novation sich logisch in die zwei Seiten einer Rechtsaufhebung und Rechtsbegründung zerlegen läßt, so auch der Civilproceß. Wir ergreifen ihn zunächst von der ersten Seite, in seiner negativen Function; hier erscheint er als eine verzehrende, läuternde, abschließende, excludirende Kraft. Dies ist ein Vortheil des Beklagten. Der Beklagte darf nicht willkürlich, sporadisch, tropfenweise behelligt werden; ein Proceß soll eine Summirung und Abrechnung und die Lit.-Cont. der Anfang des wirklichen Endes seyn.* Es ist nicht leicht, die widerstreitenden Interessen der Proceßgegner in organisches Gleichgewicht zu bringen. Zuerst handelt es sich um einen Punkt formalen Gleichgewichts: Kläger hat den Vortheil des Angriffs, er wählt Zeit, Form und Maß; dafür ist Beklagter frei von der Last und dem Risico der Beweisführung. Wichtiger sind für unsere Betrachtung hier folgende zwei materielle Punkte: a) der Beklagte wird sicher gestellt gegen willkürliche Wiederholung und Ergänzung des Anspruchs; dagegen wird dem Kläger aller Inhalt seines Anspruchs gewährleistet und für den Fall des Sieges dessen Frucht auf die Dauer gesichert (v. Bethmann-Hollweg II. S. 525). b) Kläger soll alles haben, was er ohne Störung und Verzögerung hätte haben können, aber auch Beklagtem soll das Interim zu Gute kommen, wenn Veränderungen eingetreten sind, die zu seinen Gunsten reden. Die Gleichgewichtsmomente sub b) gehören in den Bereich des Pendenzdogma, diejenigen sub a) zeigen uns das Nebeneinander des Consumtions- und des Inclusionsdogma.

Der Civilproceß consumirt den Anspruch: dies ist der stehende Ausdruck in den Quellen, und in ihn ist das (seitdem unter den Juristen fast verschollene) Proverbium „*ne bis de eadem re sit actio*“ (zum Theil wenigstens) übergegangen. Der Uebergang ist noch zu erkennen in einem von Julian behandelten Falle der *institoria actio utilis*, worüber Ulpian (in *fr. 13. pr. D. de inst. act. 14, 3*) berichtet, und die, zwei Wendungen verbindenden, Worte gebraucht werden: *licet consumta est actio, nec amplius agere poterit, tamen sq.*, ebenso bei *Gai. 3, 130: protinus totius illius juris obligatio per litiscontestationem consumitur, ut postea agere nobis volentibus nulla supersit actio*, und in *§ 10. J. de except. (4,13): nec post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant et consumebant.* Nicht selten wird das *in litem deducere* mit dem *consumere* so verbunden, daß man erkennt, die Consumtion gelte als eine wesentliche Kraftäußerung des Civilprocesses oder der Lit.-Cont.; so sagt Julian: *si petierit, non consumet stipulationem (fr. 18. D. de O. et A. 44, 7)*, Papinian: *facit, ut res in judicium deducta videatur, et stipulationem consumit (fr. 66. D. de procur. 3, 3)*, und Ulpian: *an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? (fr. 18. § 3. D. de pec. const. 13, 5).*

*) s. Cursus § 255.

Diese Consumtionswirkung ist aber in doppelter Beziehung genauer zu bestimmen: a) Es ist darunter nicht bloß die directe Beseitigung der *actio ipso jure*, sondern auch die indirecte *ope exceptionis* begriffen. So sagt *Gai. 4, 123: adhuc ei potestas agendi superest re in judicium deducta et per exceptionem peremta;* Ulpian (*fr. 14. § 13. D. quod met. c. 4, 2*)*: consumi alteram actionem per alteram, exceptione in factum opposita;* Paulus (*fr. 34. pr. D. de O. et A. 44, 7*)*: altera electa alteram consumi.* Ausdrücklich faßt Paulus (in *fr. 34. cit. § 2*) beide Arten der Consumtion zusammen: *altera actio alteram peremit aut ipso jure aut per exceptionem*, und Scaevola reducirt diese Formel auf den Novationsbegriff: *cum genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum* (*fr. 60. D. de fidej. 46, 1*). Die praktische Leistung der *consumtio actionis* zeigte sich darin, daß der mit nochmaliger Klage Auftretende *ipso jure* den Proceß verlor, oder der Beklagte sich mit der *exceptio rei in litem deductae*, bez. *rei judicatae* (falls der erste Proceß bereits entschieden war) wehren konnte. Rudorff II. § 79. v. Bethmann-Hollweg II. S. 489.

b) Es ist darunter keine eigentliche Vernichtung, sondern nur eine Zurückdrängung und Verdeckung zu verstehen. Zwar wird von Julian und Ulpian (in *fr. 5. D. de fidej. 46, 1*) der Ausdruck *consumere* identisch mit *perimere* gebraucht, womit Venulejus (in *fr. 31. § 1. D. de nov. 46, 2*) die zerstörende Wirkung der *acceptilatio* bezeichnet; allein sollte das wörtlich genommen werden, so würde der Kläger erhebliche Beeinträchtigung erfahren, und der Staat, indem er die Gunst des Rechtsschutzes gewährt, dem Berechtigten unbillige Opfer ansinnen. Dem Kläger muß die Füglichkeit bleiben, sein Sachenrecht aus anderen Gründen und gegen andere Personen durchzufechten, und dem Gläubiger müssen die zur ursprünglichen Obligatio gehörigen Accessionen gewahrt werden. Vergl. Rudorff II. § 79. Anm. 8. v. Bethmann-Hollweg S. 497. 510. Wie aber ist danach Wesen und Bedeutung der Lit.-Cont. näher zu bestimmen? Die Antwort hierauf ist in dem zweiten Dogma enthalten.

2. Inclusion. Die *in litem deductio* entzieht der Obligatio ihren Körper, ihr Organ, entkräftet und desorganisirt sie insofern, aber rettet ihren substantiellen Kern in den Proceßkörper hinüber, wodurch das Rechtsverhältniß gleichsam mit einem neuen Körper oder Organ ausgestattet und der Verjüngung fähig wird. Paulus nennt einmal (in *fr. 63. D. de don. i. v. et u. 24, 1*) das *tignum junctum* ein *inclusum;* bekanntlich war dies ein schwebendes* Verhältniß; ähnlich sagt Gaius (in *fr. 139. pr. D. de R. J.*)*: Omnes actiones, semel inclusae judicio, salvae permanent.* Wir können hiernach die hier von Statten gehende Transfiguration eine *inclusio* nennen. Nach dieser Anschauung wird die geltend gemachte Obligatio, indem sie ihrer bisherigen Form entkleidet wird, in eine neue, zunächst die processuale,

*) s. Cursus § 129.

Form übergetragen. Wie der *defunctus* nach einer höheren und idealen Anschauung als beseelendes Princip in der *hereditas* (*jacens*) fortlebt,* so die Substanz der Obligatio in der Proceßobligation. Diese Proceßobligation ward ehedem als ein *condemnari oportere* aufgefaßt, und vom Beklagten sagte man: *tenetur litiscontestatione* (*Gai. 3, 180*); dann wurde geradezu eine *obligatio judicii* angenommen, und nun mußte deren Karakter deutlich bestimmt werden. Der Karakter der Proceßobligation aber war streng positiver Art, und also sie mit ihren Wirkungen auf die Region des Civil- und Honorarrechts (*ipsum jus* und *exceptio*) beschränkt, gleichwie auch die *cap. diminutio* nur die *agnatio* consumirte, *quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest (Gai. 1, 158*): hieraus folgte, daß, wenn es einen naturalen Bestandtheil, einen gleichsam überirdischen Rest und einer höheren Region angehörigen Kern der Obligatio gab, dieser unangetastet fortbestehen mußte. Also blieb die *obligatio in litem deducta jure naturali* sammt ihren Accessionen aufrecht; embryonenhaft gebunden und doch fortlebend beseelte und bestimmte sie von Innen den im Werden begriffenen und durch den Proceß eingeleiteten neuen Körper. Deutlich spricht dies Papinian (in *fr. 50. § 2. D. de pecul. 15, 1*) aus: *naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est;* aber offenbar hat schon Julian diesen Satz begründet, denn sowohl Paulus (in *fr. 60. pr. D. de cond. ind. 12, 6*), als Ulpian (in *fr. 8. § 3. D. de fidej. 46, 1*) berufen sich dafür auf jenen Classiker. Das Rechtsverhältniß ist hiernach dies, daß „*et civilis et naturalis subest obligatio*", und dies eben sind die Worte Ulpian's in der zuletzt citirten Stelle. Diese *naturalis obligatio* überdauerte selbst die Sentenz, falls dieselbe ungerechtermaßen freisprach (*fr. 60. pr. D. de cond. ind. 12, 6*), und nur einem liberatorischen Eide erlag sie, denn dieser als ein *religionis vinculum* hatte höhere Autorität als der positivrechtliche Proceßspruch (*fr. 2. D. de jurej. 12, 2*) und ergriff gleichsam die überirdische Seele der Obligatio; s. Schwanert Naturaloblig. S. 426. 439. 444. Der Hinzutritt der *civilis obligatio* aber war auch eine Verstärkung, und so führte die Entkräftung zur Erneuerung, durch welche die Obligatio perpetuirt erschien: eine sich anschließende Wirkung, auf deren Zusammenhang mit der *inclusio* Gaius (*fr. 139 cit.*) hinweist. „Durch die neue Proceßobligation wird der bisherige Anspruch des Klägers (die Actio), soweit er in das Judicium deducirt ist, also zur Zeit der Lit.-Cont. schon existirte, und nach richtig interpretirter Absicht des Klägers deducirt werden sollte, gegen Erlöschen durch Tod, Klagverjährung, Usucapion, Verlust des Eigenthums des Beklagten bei Noxalklagen, Untergang der streitigen Sache durch Dolus, Culpa, Zufall, Entbehrungen an Früchten, Zinsen und sonstigen Accessionen (*omnis causa*), wegen nothwendiger Zeitdauer des Processes sicher gestellt." Rudorff II. § 80.

Indem sich uns herausstellt, daß die Consumtion keine vollständige

*) s. oben Excurse S. 311.

ist, vielmehr eine Transfiguration enthält, kann die Litiscontestation auch nur eine unvollständige Novation genannt werden. Es kommt aber hinzu, daß das neue Rechtsverhältniß, d. h. die *obligatio condemnari oportere,* auch nur ein bedingtes, nämlich vom Ausgange des Beweises und Processes abhängiges ist. Wenn daher in den *fr. Vatic. § 263* die *lis inchoata* eine *novatio actionis* genannt wird, so muß doch mit Paulus hinzugefügt werden: *aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt* (*fr. 29. D. de nov. 46, 2*). Die *in litem deductio* ist in der That eine der *novatio* gleichartig organisirte Rechtsfigur, womit zusammenhängt, daß Papinian wie *in litem deducere,* so auch *in obligationem deducere* sagt (*fr. 95. pr. D. de sol. 46, 3*); und es ist kein leeres Spiel, wenn die Röm. Classiker so oft und gern *acceptilatio*, *novatio*, *jusjurandum* und *litiscontestatio* zusammenstellen: aber die letztere ist eben eine qualificirte Novation, sie ist eine theils civile, theils prätorische Novation, sie ist eine unvollständig consumirende und vorläufig nur bedingte, d. h. eine bloße Hoffnung gewährende Novation.

3. Litispendenz. In der Lit.-Cont. liegt der Ursprung der Proceßobligation und der Rechtsgrund der Proceßnovation. Es ist in diesem Act bestimmt, daß Kläger und Beklagter dies Urtheil entscheiden lassen müssen: keiner kann fortan einseitig zurücktreten (*sententiae se subdiderunt: Ulp. fr. 3. pr. D. jud. solvi 46, 7*); der Eine, der Andere hat die Folgen seines Unrechts, die Proceßstrafen, zu tragen, und ob er im Unrecht sei, bestimmt sich nach dem Moment der Lit.-Cont.* Da aber die formelle Entscheidung erst zukünftig und mithin von dem materiell entscheidenden Zeitpunkt zeitlich getrennt ist, so schwebt das Rechtsverhältniß, genau wie bei der *hereditas jacens*, und die kommende Entscheidung muß auf den Zeitpunkt der Lit.-Cont. zurückbezogen, die Zwischenzeit künstlich negirt werden, wiederum genau wie bei der *hereditas jacens.* a) Zuerst bestimmt sich danach, was der siegreiche Kläger in der Execution verlangen kann: Alles, was er gehabt haben würde, wenn das Urtheil im Augenblick der Lit.-Cont. gesprochen und realisirt worden wäre! Wie aber, wenn Leistungsstücke inmittels ohne Schuld des Beklagten untergegangen sind? Nach strengem Recht würde auch hier der Beklagte dafür aufkommen müssen; die Sabinianer vertheidigten aber als der Billigkeit angemessen: *absolvi debere eum, cum quo actum est, quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere* (Gai. in *fr. 14. § 1. D. depos. 16, 3*); Gaius temperirte dies mit den Worten: *utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.* Dazu Paul. in *fr. 40. pr. D. de her. pet.* (*5, 3*), Ulp. in *fr. 15. § 3. D. de rei vind.* (*6, 1*), und von Bethmann-Hollweg II. S. 521—3.

b) Hiervon lag die (von Gaius in einer leider lückenhaften Stelle — 4, 114 — berührte) Frage nicht weit ab, ob die kommende Entscheidung eine inmittels bewirkte Befriedigung des Klägers zu ignoriren oder zu berücksichtigen habe. Auch hier standen die Sabinianer

*) s. Cursus § 253. 260.

der anderen Schule gegenüber, wieder die Billigkeit betonend. Man streitet über den wahren Sinn dieser Controvers; Rudorff (II. § 80) sagt: „Gewiß sollte auch nach jener ersteren Meinung (der Proculianer) nicht der Kläger 2 Mal befriedigt werden, sondern der Beklagte nur den schon verwirkten Bußen und Leugnungsstrafen (*sponsio tertiae* oder *dimidiae partis*, Litiscrescenz) nicht mehr durch verspätete Leistung im Judicium entgehen, und der Richter bei einer Wette sich nicht über die bestimmte Anweisung der Formula hinwegsetzen: zu condemniren, wenn der Beklagte im Augenblicke der *judicii acceptio* schuldig war". v. Bethmann-Hollw. II. S. 517 sagt: „Daß durch Annahme der Befriedigung von Seiten des Klägers der Rechtsstreit selbst aufgehoben ist, versteht sich von selbst; die Frage kann also nur seyn, ob auch die zufällig dem Kläger gewordene Befriedigung oder das Anerbieten der Zahlung von Seiten des Beklagten, eventuell die gerichtliche Deposition, seine Absolution zur Folge haben müsse."

Ich gestehe, durch diese Erklärungsversuche nicht befriedigt zu seyn. Verstehe ich Rudorff recht, so trennt er die sachliche Entscheidung von der Wettentscheidung in ungehöriger Weise; v. Bethmann-Hollweg aber übersieht den Wortlaut der oben citirten Stelle bei Gaius, wo ausdrücklich gesetzt ist, daß Beklagter selbst (nicht ein Zufall) Klägern befriedigt habe. Offenbar bezeichnet das „*satisfaciat actori*" ein Handeln des Beklagten, aber auch nicht bloß des Beklagten, sondern zugleich ein Mithandeln des Klägers, d. h. eine Annahme des Angebotenen; ich halte es für schlechterdings unvereinbar mit dem alten Proceßorganismus, anzunehmen, daß Beklagter, nachdem er es zur Lit.-Cont. getrieben hatte, noch durch nachträgliche einseitige und willkürliche Zahlungsofferte den Kläger habe klaglos stellen können. So reducirt sich die eigentliche Controvers auf den Fall freiwilliger Zahlungsannahme, und es ist zu bemerken — worauf auch der Ausdruck „*satisfaciat*" hinzudeuten scheint —, daß jede Art Befriedigung (natürliche Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt, Delegation) dabei in Frage war. Warum bestritten also die Proculianer die Befugniß des Spruchrichters, bei strengen Klagen auf Grund inmittels erfolgter Befriedigung Absolution zu erkennen?

Bevor wir diese Hauptfrage beantworten, wollen wir uns deutlich machen, welches wohl nach der Proculianischen Ansicht der Ausgang eines strengen Processes war. Ich denke, wenn der Kläger nachträglich, aber vor dem Urtheil Befriedigung erlangt hatte, gewann er zwar durch die (trotzdem erfolgende) Verurtheilung des Beklagten die *actio judicati*, allein er hatte, falls er sich einfallen ließ, dieselbe geltend zu machen, die Einhaltung der *exceptio doli* (*generalis*) zu gewärtigen. Es handelte sich also im Grunde zwischen Proculianern und Sabinianern nur um die Frage directer oder indirecter Wirkung der Satisfaction — eine derjenigen verwandte Frage, ob *in solutum datio ipso jure* oder *ope exceptionis* wirke. Den Sabinianern, welche ersteres behaupteten, lag es nahe, mit dem Ausdruck *satisfacere* für die strengen Klagen die Frage

gleich ganz allgemein zu stellen, und nicht bloß von *solutio*, sondern von jeder *satisfactio* zu behaupten, daß durch sie die *condemnatio* verhütet werde. Jene zwei berühmten Schulcontroversen von den *judicia absolutoria* und der *in solutum datio* hängen in der That eng zusammen, wenn meine Ueberzeugung begründet ist, daß die erstere Controvers eine zugleich civilistische und processuale Seite hatte.

Wir müssen feststellen, welche Wirkung an sich der natürliche Zahlungsact hatte, und welcher Art die Proceßobligation war. Von Haus aus galt im Röm. Recht das Princip des *contrarius actus*, d. h. nur eine Realcontracts- und Consensualobligation ward durch freie Erfüllung *ipso jure* getilgt;* so wenig ein *nexum* durch formlosen Zahlungsact getilgt wurde, ebensowenig konnte eine Proceßobligation durch einen bloßen Naturalact aufgehoben werden. Die *obligatio civilis* ging hier überhaupt nicht auf ein *solvere*, sondern auf ein *condemnari oportere*, und die „eingesponnene“ *obligatio naturalis* konnte als eine *inclusa* nicht selbständiges Zahlungsziel seyn. Als nun die Idee zur Herrschaft kam, daß der natürliche Zahlungsact allgemein (insonderheit also bei Stipulationen) die Kraft des Tilgens *ipso jure* habe: mag wohl der Proceßorganismus sich am längsten gesträubt haben, diese Herrschaft anzuerkennen, denn jene Idee ist naturalistischer Tendenz, und der Proceßorganismus trug ein sehr idealistisches Gepräge; die ganze Präcision des Römischen Civilprocesses beruhte eben auf der durch die Lit.-Cont. gegründeten Proceßobligation und der organischen Einheit von Anfang (*lit.-cont.*) und Schluß (*sententia*). Die Proculianer aber gerirten sich als die Ausbildner und Wächter der nationalen Proceßidee. Wo der Prätor die Instruction ausdrücklich darauf gegeben hatte (bei *arbitrariae actiones*),** und wo der Spruchrichter durch die Art der Klage *ex officio* auf freie Berücksichtigung aller individuellen Momente angewiesen war, da war kein Hinderniß, sich über die Retrotractivkraft der Sentenz hinwegzusetzen und den Befriediger zu absolviren, wie wenn er schon vorher befriedigt gehabt hätte; allein wo der Spruchrichter einfach auf der Formel fußte, und diese ihm keine arbiträre Absolutionsermächtigung gewährte, da mußte Bedenken seyn, die Billigkeit auf Kosten der reinen Proceßidee walten zu lassen, und es lag um so näher, die alte nationale Strenge festzuhalten, da die condemnatorische Sentenz zugleich das Anrecht des Siegers auf die Proceßstrafen zu verwirklichen hatte, und anderseits — wie wir oben sahen — im Erfolg der Unterschied eigentlich nur ein formaler, kein sachlicher war. Uebrigens war es für den Röm. Nationalsinn nicht gleichgiltig, ob die Sentenz formell verurtheilend oder freisprechend lautete, denn der Freigesprochene erschien als Sieger, und es klang verletzend, wenn zu erzählen war, daß der Kläger, der doch bei der Klaganstellung im vollen Recht gewesen, unterlegen sei. Also haben die Proculianer

*) s. Cursus § 128. 196. und meine Abhandlung üb. den *mos Civitatis* in der Münchner krit. Vierteljahrsschrift Bd. 9. S. 521—4.

**) s. Cursus § 237.

†) s. Cursus § 236.

festgehalten, daß, wie bloßes Zahlungssurrogat nicht *ipso jure* befreie, so auch verspätete Satisfaction den Spruchrichter nicht zur Absolution berechtige, und ihre Theorie konnte erst dann überwunden werden, als die Idee der Proceßobligation zu verkümmern und die Verbindung der Sentenz mit der Lit.-Cont. locker zu werden anfing. Dann konnte gesagt werden, was Justinian (in *fr. 13. pr. D. jud. solvi 46*, 7) den Ulpian (Interpolation?) sagen läßt: *lis finitur solutione*, d. h. durch Zahlung werde der Streit, der Proceß, beseitigt, und, weil nun keine Schuld mehr vorhanden, dürfe keine Verurtheilung erfolgen; freilich war dann streng genommen überhaupt keine Sentenz, auch keine absolutorische mehr indicirt. Vergl. übrigens v. Keller Civilproc. § 67.

E. Es ist jetzt auch genauer noch zu erörtern, was die negative und die positive Function der *exceptio rei judicatae* genannt wird. Jene ist im Cursus § 255, diese § 259 berührt; jene fällt mit dem Bereich der *exceptio rei in litem deductae* zusammen und entspricht dem Consumtionsdogma; diese gibt besondere Wirkungen noch neben der *actio judicati* und bildet insofern einen Theil des Dogmas von der Rechtskraft. v. Keller hatte zuerst auf diese beiden Functionen aufmerksam gemacht (Lit.-Cont. und Urtheil § 27—30) und die Unterscheidung späterhin exacter festgestellt, obwohl er da jene technisch gewordenen Bezeichnungen zurücktreten ließ (Röm. Civilproc. § 60. 72); v. Bethmann-Hollweg bemerkt, er finde keinen Grund, von Keller's Bezeichnung der beiden Functionen abzugehen, doch werde er der Kürze halber auch von Consumtion und Rechtskraft sprechen, und er führt die Verschiedenheit „des objectiven Umfangs der beiden Functionen" genauer, als dies wenigstens in Keller's erster Schrift geschehen war, aus (s. v. Bethmann-Hollweg in Schrader's krit. Zeitschr. V. S. 81 ff., Röm. Civilproc. II. S. 494. 636), indem er sagt: „Durch die Condemnation und Absolution ist der Inhalt des Urtheils nicht erschöpfend bezeichnet und deshalb seine positive Wirkung nicht auf die *obligatio* und *actio judicati* beschränkt. Bei Präjudicialklagen, durch welche Standes- und Familienrechte verfolgt werden, wird die Behauptung des einen oder anderen Theils durch eine Pronuntiatio anerkannt oder verworfen; bei den *in rem actiones* findet eine solche Pronuntiatio regelmäßig neben der Condemnation oder Absolution statt; und bei Klagen aller Art kann der Geschworne mehr oder weniger Elemente des Rechtsstreits in seinem Urtheil berühren. Auch in diesen Fällen muß das, was er im Namen des Staats ausgesprochen hat, fortan wenigstens unter den Parteien, die dazu mitgewirkt haben, für wahr gelten; es ist ihnen das Recht erworben, sich später darauf zu berufen, die Pflicht für sie begründet, es anzuerkennen. Das Rechtsmittel, wodurch dies bewirkt wird, ist nicht die *actio judicati*, überhaupt keine Klage, sondern die *exceptio rei judicatae* in ihrer positiven Function. Diese positive Function wird freilich bestritten und behauptet, die negative, das Consumtionsprinzip, nach der Regel: *bis de eadem re ne sit actio*, reiche für das praktische Bedürfniß und zur Erklärung aller in

den Quellen vorkommenden Anwendungen dieser Einrede aus; auch sei es undenkbar, daß die Römischen Juristen den Unterschied beider Functionen, wenn er begründet wäre, nicht bemerkt und ausgesprochen haben sollten, und daß die Formel für beide dieselbe gewesen sei. (Schon Puchta Cursus II. § 175 identificirt beide Functionen, ohne merkwürdiger Weise Keller zu berücksichtigen. Bekker d. proc. Cons. S. 13. 132 beschäftigt sich ausführlich mit dessen Widerlegung, muß aber dennoch in einzelnen Fällen die positive Function zulassen — wogegen im Allgemeinen v. Keller Civilproc. § 72 und Krüger Consumt. § 20 zu vergleichen ist.) Allein wer aus Gaius die negative Function der *exc. rei jud.* kennen gelernt hat, kann bei unbefangener Lesung der auf dieselbe Einrede bezüglichen Pandektenstellen sich unmöglich der Wahrnehmung entziehen, daß einige derselben zwar eben jene vom Inhalt des Urtheils unabhängige Wirkung der *res judicata*, die Consumtion des Klagrechts, andere aber ebenso bestimmt diese zweite, durch welche der Inhalt des Urtheils in weiterem Kreise geltend gemacht wird, bezeugen. Eine andere Fassung der *exceptio* war auch in der Regel nicht nothwendig, und der Gegensatz dadurch hinreichend bezeichnet, daß im ersten Fall die *exc. rei in jud. deductae* mit ihr concurrirt, während sie im 2. Fall für sich allein steht. Nach Beseitigung dieser 2. Einrede in ihrer selbständigen Bedeutung aber waren die Compilatoren der Pandekten veranlaßt, jede Spur derselben zu tilgen, ohne freilich zu bedenken, daß der Unterschied der beiden Functionen der *exc. rei jud.* in dem überlieferten Rechtssystem unvertilgbar war, und daß durch Nichtbeachtung desselben viele Excerpte aus den Schriften der alten Juristen unverständlich oder widersprechend werden mußten. — Zur Geschichte des Gegensatzes ist zu bemerken, daß er in der Zeit der Legisactiones nicht bestand, weil vermöge der Duplicität aller dinglichen Klagen die Consumtion durch die einmalige Legisactio für beide Theile eintrat, eine von dieser verschiedene Berufung auf den Inhalt des Urtheils also keinen Raum fand (Krüger Cons. S. 152 ff.), und auch bei persönlichen Klagen, namentlich wegen Mangels aller Exceptionen, davon keine Rede war. Im Formularproceß aber konnte der Unterschied deshalb längere Zeit unbemerkt bleiben, weil der allgemeine Begriff von *praejudicium* und die Autorität, welche jeder frühere Ausspruch eines Geschwornen auf andere ausübte, die positive Function der *exc. rei jud.* deckte. Der Unterschied von *praejudicium* als Beweismittel (*Quinctil. 5, 2*) und *praejudicium* als Wirkung der *res judicata* mittels der *exc. rei jud.*, welche den Beweis überflüssig macht (*fr. 63. D. de re jud. 42, 1*), mußte den Juristen zum Bewußtseyn kommen, sobald sie den Umfang der letzteren zu bestimmen veranlaßt waren. So schon Q. Muc. Scaevola und nach ihm Labeo (*fr. 29. § 1. D. de statu lib. 40, 7*). Den allgemeinen Grundsatz sprach am bestimmtesten Julianus aus in *fr. 3. 7. § 4. D. de exc. rei jud. (44, 2)*; auch das Princip der *aequitas*, welches ihr vor der Consumtion den Vorzug gibt, in *fr. 16. D. eod.*" (v. Bethmann-H. II. S. 636—8).

Ulpian berichtet in *fr. 7. § 3. cit.: Julianus definit: „exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii.*" Nach dieser „*generalis definitio*" kann der mit der *actio confessoria* siegreiche Kläger, falls er nachher von seinem Proceßgegner mit der *negatoria* belangt wird, sich auf die Rechtskraft des früheren Urtheils berufen, wobei doch weder die Consumtion, noch die *actio judicati* in Frage kommt; ferner wenn dem Kläger das Erbrecht in der *hereditatis petitio* aberkannt wird, so steht ihm die *res judicata* in der etwa nachher versuchten Klage auf einzelne Erbschaftsstücke (*in rem* oder *in personam*) entgegen, obschon jene und eine dieser Klagen nicht im Verhältniß gegenseitiger Consumtion stehen (*fr. 7. § 4. 5. D. eod.*); oder sind die Zinsen unter Vorbehalt der Kapitalforderung eingeklagt, so wird *res judicata* für die Kapitalsfrage begründet, nicht aber die darauf gehende Klage consumirt (*fr. 23. D. eod.*); oder wenn der Gewalthaber (Herr, Patron, Vater) in einer *status quaestio* ein Urtheil erlangt hat, so greift die *exc. rei jud.* gleichfalls weiter, indem das Urtheil (zwar nicht gleichstehenden Extraneern gegenüber, die vielleicht dann ein Gewaltrecht behaupten könnten, aber wohl) für alle von dem Stande des Gegners abhängigen, untergeordneten Verhältnisse Dritter zu ihm gilt (*fr. 9. pr. — § 2. fr. 42. D. de lib. causa 40, 12*). Vergl. v. Bethmann-Hollw. II. S. 636. 641. 645. 647. 652.

In diesem über den Bereich der Consumtionsidee hinausragenden Umstande lag der fortdauernde Werth des Proceßspruchs der Veteres: *ne bis de eadem re sit actio.* Hierin war der sachliche Gehalt festgehalten, während das Consumtionsdogma mehr das formale Element betonte. In dieser Betonung lag ein Fortschritt der civilistischen Eleganz, aber der Fortschritt war nicht eine erschöpfende Fortbildung, sondern ließ einen Rest processualen Interesses zurück, wobei die praktische Zweckmäßigkeit in Frage kam. War nun jene formale Construction des Proceßorganismus eine der Proculianischen Richtung vorzugsweise zusagende Aufgabe, so mag in dieser Utilitätsfrage der Sabinianismus sich bethätigt und bewährt haben. Diese Frage kam auf den Gedanken hinaus, daß, was processuell erledigt sei, nicht von Neuem als streitig behandelt werden könne, ein Gedanke, welcher jenem nahe verwandt ist, daß eine gezahlte Obligation aufhöre, eine bestrittene und bestreitbare zu seyn (s. oben S. 331). Gaius (2, 43), der sich auch dabei als ein Sabinianer erweist, motivirte das Ersitzungsinstitut durch den Zweck der endlichen Abschneidung der Ungewißheit (d. h. Bestreitbarkeit): so konnte auch die positive Wirkung der *res judicata* mit einem solchen Zweckhinweis passend motivirt werden. In der classischen Jurisprudenz aber wurde diese umfangreiche Wirkung in dem prägnanten Satze zusammengefaßt, daß das Urtheil als (relative) Wahrheit gelte (Ulpian: *res judicata pro veritate accipitur, fr. 25. D. de statu hom. 1, 5*). Vergl. v. Bethm.-H. II. S. 653.

III.

Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde.

Zu § 350] A. *Appellatio.* Der wichtigste Unterschied des Civilprocesses der Kaiserzeit von dem früheren war die Zulässigkeit der Appellation; dieselbe trug einen ganz neuen Gedanken in den Proceßorganismus herein. Aeußerlich anknüpfend an die republikanischen Rechtsmittel der Cassation durch Anrufung der Intercession eines gleich oder höher berechtigten Magistrats (*collega paris majorisve potestatis*) oder eines Volkstribunen, gestaltete er sich zu einer eigenthümlichen Institution. Diese republikanische Anrufung war mehr ein politischer, als civilistischer Schritt gewesen, und es hatte sich bei ihm nur um Cassation des angefochtenen Urtheils gehandelt, während die Appellation des neueren Rechts zu einem inneren Stück und Bestandtheil des Civilprocesses selbst wurde und auf eine Reformirung des Urtheils ausging (Keller Civilproc. § 82 sub 3).

Dieser Gedanke hing eng zusammen mit der im Principat anerkannten Obergewalt, durch welche gesetzt schien, daß alle übrige Gewalt im Staate keinen völligen Abschluß in irgend einer Angelegenheit bewirken könne; nur wenn der Kaiser, oder wer unmittelbar von ihm dazu ermächtigt war, gesprochen, lag eine Definitivum vor. Es ist mithin glaublich, obschon nicht erwiesen, daß die Appellationsidee bereits in der Proceßgesetzgebung August's (*leges Juliae judiciariae?*) anerkannt wurde; wie auch sonst unter den Antoninen legislative Regsamkeit erscheint, ist dann jene Idee namentlich durch Rescripte dieser Kaiser ausgebildet worden (v. Bethmann-Hollw. II. S. 39 ff. S. 701. Anm. 6).

Durch das Appellationsprincip der Reformirung hat die *res judicata* eine wesentliche und ihr bis heute gebliebene Umgestaltung erfahren, denn danach gilt der Proceß durch die Sentenz nicht ohne Weiteres als erledigt, sondern die Möglichkeit bleibt, daß in der höheren Instanz, falls an diese die Streitsache gebracht wird, eine andere Sentenz gesprochen wird. Die erste Sentenz ist daher nicht immer auch die letzte und endgiltige, die Sache bleibt ein Streit, bis die endgiltige Sentenz gesprochen, oder bis gewiß ist, daß keine Appellation und keine Reformirung mehr stattfinden kann. Dies versteht man nun insonderheit unter „Rechtskraft" des Erkenntnisses.

Die Appellationsordnung ist ein Theil der Proceßordnung: zu ihr gehört außer der näheren Real- und Personalbegrenzung die Bestimmung der Instanzen, d. h. der übergeordneten Justizautoritäten, sodann der Fristen, Folgen und Formen.

1) In den Schriften der Koryphäen, namentlich in Ulpian's *libri IV de appellationibus*, liegt das System der Appellation in der Hauptsache vollendet vor. Danach kann gegen Interlocute über Incidenzpunkte so gut wie gegen die sachliche Endentscheidung appellirt werden (*fr. 2. D. de app. recip. 49, 5; fr. 39. pr. D. de minor. 4, 4*). Die Appellation

an den Princeps ist an eine Appellationssumme gebunden; in dringlichen Sachen ist Appellation überhaupt versagt (*fr. 10. § 5. D. de app. 49, 1; fr. 7. pr. D. de app. rec. 49, 5*). Appelliren kann nicht, wer durch Eidesantrag oder Eidverweigerung den Proceß beendet hat, oder gegen wen *in contumaciam* erkannt ist (Paul. V, 5a und V, 32, § 1). Sonst wird das Princip der Appellation in freiester Weise gehandhabt, und namentlich jeglicher Sachinteressent als Partei zugelassen, z. B. ein Litisconsort, Bevollmächtigter, *negotiorum gestor*, naher Angehöriger (vermöge des s. g. *mandatum praesumtum*): denn die Appellationsordnung gehört zu dem freien *jus extraordinarium* (v. Bethmann-Hollw. II. S. 704).

2) Die Appellation muß an die zunächst übergeordnete Gerichtsbehörde (Mittelinstanz) gehen, *appellatio per saltum* wird durch Abgabe an die übersprungene Instanz verbessert. Mittelinstanz ist der *Praefectus Urbi* oder *Praetorio* oder ein *Consularis;* der Princeps ist höchste Instanz (*fr. 38. pr. D. de minor. 4, 4; fr. 21. pr. § 1. D. de appell. 49, 1*); *et quidem stultum est, illud admonere: a Principe appellare fas non esse* sagt der höfliche *Praef. Praet.* Ulpian (in *fr. 1. § 1. D. a quib. app. 49, 2*). „Die Civilappellation an den Senat ist eine precäre Anomalie, die Appellabilität der Centumvirn aber ohne Grund bestritten. Inappellable Commissare ernennt nur der Princeps. Die Inappellabilität des *Praef. Praetorio* und die Supplication gehört erst der christlichen Periode an." Rudorff § 85. Anm. 11. 13.

3) Die Füglichkeit des Appellirens ist nur binnen verhältnißmäßig kurzer Fristen (*tempora*) gegeben, denn, sagt Paulus (V, 33, § 1), *ne liberum quis et solutum haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae, tempora appellatoribus praestituta sunt.* Versäumniß der Appellationsfrist begründet eine *praescriptio*, und das bis dahin appellable Erkenntniß wird nun unanfechtbar, rechtskräftig (*Dig. quando appellandum 49, 4*).

4) Den unterliegenden Appellanten trifft eine *poena appellationis,* nämlich ein Dritttheil des Streitobjects und das Vierfache des Proceßaufwandes, welches alles dem Gegner zufällt (Paul. V, 33 u. 37).

5) Sowohl die Einlegung (*interpositio*) der Appellation vor dem erkennenden Richter (*libelli appellatorii: fr. 1. § 4. D. quando app. 49, 4*), als auch die späteren Acte der Appellationsausführung pflegen schriftlich zu geschehen. Die Ueberweisung an die höhere Instanz geschieht formell durch die *literae dimissoriae* oder *apostoli* des Richters, bei welchem die Appellation eingelegt ist (*Dig. de libell. dimiss. 49, 6*): der Appellant übermittelt dieselben binnen gesetzter Frist dem Appellationsrichter (Paul. V, 34. § 2), und es findet darauf vor diesem neue und vollständige Verhandlung der Sache statt (*cognitio — causas appellationis reddere s. agere*).

B. Nullitätsquerel. Abgesehen von den besonderen Fällen, da eine *in integrum restitutio* gegen Litiscontestation oder Urtheil indicirt ist (s. Rudorff II. § 87 und v. Bethmann-Hollw. II. S. 712—720) — kann eine gesprochene Sentenz rescindirt werden, wenn ein wesent-

liches Erforderniß derselben fehlt, d. h. dann ist die Sentenz an sich null und nichtig, und es bedarf nur eines formellen Ausspruchs, daß dies der Fall sei (*sententiam nullius momenti esse*: *fr. 1. § 1. D. de feriis 2, 12; fr. 1. pr. D. quae sententiae sine appell. rescindantur 49, 8*).

Die Gründe der Nichtigkeit liegen entweder im Verfahren, worauf das fragliche Urtheil ruht, oder im Urtheil selbst, und können aus der Person des Richters oder der Parteien, aus der Form oder dem Inhalt des Urtheils hergenommen seyn. So ist ein Urtheil nichtig, das von einem absolut incompetenten Richter gesprochen, oder auf eine ganz unbetheiligte Person gerichtet, oder ohne gehörige Instruction erfolgt ist oder einer früheren *res judicata* widerspricht.

Ein besonderes Rechtsmittel, eine eigentliche *querela nullitatis*, wodurch klageweise und in selbständigem Rechtsgange das nichtige Urtheil umgestoßen würde, fand regelmäßig nicht Statt, sondern „wo und wie eine Partei sich vor Gericht auf das Urtheil beruft, kann das rechtliche Nichtdaseyn desselben vom Gegner behauptet (und bewiesen) werden“. v. Bethmann-Hollw. II. S. 723.

Ueber das eigenthümliche Rechtsmittel der *revocatio in duplum* s. Rudorff i. d. Zeitschr. f. gesch. R.-W. XIV. S. 311 ff. Puchta Cursus II. § 181. v. Bethm.-H. II. S. 726.

IV.

Die Execution.

Zu § **350**] Was uns heutzutage das Nächstliegende und Einfachste zu seyn scheint, daß nämlich der Staat, wenn er dem siegreichen Kläger seine Zwangshilfe gewährt, mittels der Hilfsvollstreckung dem Verurtheilten gerade und nur so viel an Werth abnimmt, als zur Befriedigung des Siegers erforderlich ist: das erscheint einem naiven und energischen Rechtssinn als kaum denkbar, weil jede Zwangsvollstreckung den Willen und die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Widerspenstigen im Princip und sonach im Ganzen bricht und negirt. Ausdruck dieser Totalnegirung war die Personalexecution, welche gewissermaßen die Person des Besiegten dem Sieger preisgab, und dann daneben, seitdem der Rechtssinn sich dazu verstand, das Vermögen von der leiblichen Persönlichkeit getrennt vorzustellen, die universelle Vermögensexecution, welche in der sie begleitenden Infamie gleichsam noch den Nachglanz des Personalmoments an sich trug. So riskirte jeder Widerspenstige seine bürgerliche Stellung und ökonomische Existenz, und was wir heute nur etwa als eine Folge des Concurses, d. h. eines Zusammentreffens mehrer Gläubiger, denken, das war das Ende eines jeden Civilprocesses im alten Rom, wofern der Verurtheilte dem Urtheil nicht nachkam. Freilich litt hier der Leichtsinnige und Unglückliche mit dem Böswilligen, allein der Nationalsinn scheute das nicht, und der Nationalcredit verlangte es. Auf das Vermögen des Verurtheilten als ein Ganzes strebte daher der Römische Civilproceß

los, und diesem Streben diente auch die Stellung der Condemnation auf Geld: eine Geldschuld haftet ja ihrer Natur nach nicht an einzelnen Stücken des Schuldnervermögens, sondern am Vermögensganzen; so mußte es als ein künstlicher Gedanke erscheinen, gleichsam um die Person des Verurtheilten herum und von dem Vermögensganzen absehend direct auf einzelne Stücke des Vermögens loszugehen und diese willkürlich herauszugreifen. Eine solche Specialexecution hat etwas Zweckdienliches und Naturalistisches an sich, zu ihr konnte der Römische Rechtssinn erst dann gelangen, als der nationale idealistische Grundzug des Civilprocesses sich abzuschwächen begann: dies geschah in der Kaiserzeit und zwar in der 2. Hälfte der 4. Periode; die Specialexecution ist die ältere Schwester der Naturalexecution, und sie ist die erste principielle Abkehr von der in der ursprünglichen Personalexecution ausgeprägten Executionsidee; erst nachdem diese Executionsart überhaupt verfiel, konnte daher jener zweite Schritt geschehen; so wurde die Einführung der Specialexecution gewissermaßen vorbereitet durch das Institut der Güterabtretung.

A. *Cessio bonorum.* Ursprünglich hatte es nur Personalexecution gegeben;* dieselbe war durch die XII Tafeln normirt, dann durch die *lex Poetelia* gemildert, endlich war durch das Prätorische Edict der Weg der Realexecution gebahnt worden. Personal- und reale Universalexecution bestanden in dem letzten Jahrhundert der Republik neben einander, und weder diese noch auch jene wurde in der Kaiserzeit principiell abgeschafft (v. Bethmann-H. II. S. 547. 662. 667). v. Keller (Civilproc. § 83) sagt: „Es ist klar, wie die Vermögensexecution im Privatrechte da, wo die Personalexecution nicht möglich (*indefensus*) oder aber abgewendet war (*cessio bonorum* u. dergl.), zur Aushülfe diente: wie aber die übrigen Fälle, wo die Möglichkeit der einen wie der anderen stattfand, nach fester Regel, oder mit electiver Concurrenz unter beide sich theilten, und welchen Einfluß die eingetretene Personalexecution auf das Vermögen des *addictus* ausübte, das sind Fragen, die im höchsten Grade bestritten (v. Savigny Verm. Schr. II. S. 403; Huschke Nexum S. 81; Puchta Curs. II. § 179; Rudorff i. d. Zeitschr. f. gesch. R.-W. XIV. S. 309) nach dem gegebenen Stande der Quellen einer sicheren Lösung Trotz bieten. Gewiß ist nur, daß die Gewährung der Personalexecution als das Ordentliche fortwährend zu den Attributen auch der neueren (geschmälerten) *jurisdictio* gehörte, die *missio in bona* dagegen dem *imperium* vorbehalten wurde."

Allerdings fing die Personalexecution an, gehässig zu werden, den Peregrinen mag sie nie geläufig gewesen seyn, und der humanistische Trieb der Zeit begann darüber zu reflectiren, daß doch „die Freiheit nicht ein dem Eigenthum commensurables Gut sei, sondern ein ewiges Menschenrecht, welches der Staat nur dem Schuldigen, nicht dem Schuldner abzuerkennen das Recht habe," und „daß die persönliche Freiheit principiell vom Capital zu emancipiren sei" (Mommsen Röm.

*) s. Cursus § 143. 147. 263. u. Excurse S. 130. 148.

Gesch. III. S. 520). Ausdruck fand dieser moderne Gedanke in dem Institut der Güterabtretung, welche, wenn der Schuldner sie freiwillig und rechtzeitig der Gläubigerschaft anbot, ihn zwar nicht liberirte, aber vor der Personalexecution und Infamie bewahrte; *qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati; in eo enim tantummodo hoc beneficium prodest, ne detrahantur in carcerem — licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt* (Rescripte des *Sev. Al. a. 224* in *l. 1. C. qui bonis 7, 71* und *l. 11. C. ex quib. c. infamia 2, 11*). Die Einführung dieser Rechtswohlthat geschah durch eine *lex Julia* (*Gai. 3, 78; l. 4. C. qui bonis 7, 31*); ob durch Cäsar (so Mommsen a. a. O.) oder durch Augustus (so v. Bethmann-H. II. S. 688 wegen *Edict. Tib. Alex. § 4.* Haubold p. 212)? Offenbar gehört sie ganz in das Augusteische Reformirungssystem, denn wie Augustus überhaupt mit seinen schwergeborenen Gesetzen tief in den nationalen Organismus einschnitt,* so war auch diese Abkehr von der Personalexecution eine Entfremdung vom Römerthum und ein peregrinisch naturalistischer Zug.

Die *cessio bonorum* beseitigte nicht schlechthin die Personalexecution, sondern machte sie nur zu einem seltneren Vorkommniß: dieselbe konnte noch eintreten, wenn der Schuldner mit dem Anerbieten zögerte (s. v. Bethm.-H. II. S. 690); noch weniger beseitigte sie die prätorische Vermögensexecution, sie war vielmehr nur eine neue Einleitungsart derselben, indem sie an die Stelle des obrigkeitlichen (prätorischen) Decrets den eignen Privatact des Schuldners setzte: *bonis cedi non tantum in jure, sed etiam extra jus potest, et sufficit, et per nuntium vel per epistolam id declarari* (*fr. 9. D. de cess. bon. 42, 3*); sonst hatte sie die Voraussetzungen und das weitere Verfahren mit der gewöhnlichen Universalexecution gemein, daher sie nur nach erfolgtem Erkenntniß oder solennem (gerichtlichem, außergerichtlichem) Zugeständniß zulässig war, und zur Gewährung des Mitbesitzes für die Gläubiger, sowie zur *bonorum venditio* führte (*Gai. 3, 78. 79; fr. 8. D. de cess. bonor. 42, 3; l. 4. C. qui bonis 7, 71*). Doch in den Wirkungen unterschied sich die *cessio bonorum*, indem sie die bürgerliche Ehre unversehrt, auch den nothdürftigen Lebensunterhalt ließ (*beneficium competentiae*: *fr. 4. D. de cess. bon. 42, 3*): durch ersteres trug sie zur Denationalisirung, durch das zweite zur Humanisirung der prätorischen Executionsordnung bei.

B. Der Uebergang von der Universal- zur Specialexecution scheint vermittelt worden zu seyn durch eine Regel (nicht ein Generalsenatsconsult wie v. Bethm.-H. II. S. 690 annimmt), welches den *clarae personae* (d. h. von Senatorrang) die Rechtsgunst gewährte, daß, wofern die Gläubigerschaft nicht ausdrücklich auf der eigentlichen (entehrenden) *bonorum venditio* bestand (*re integra potestas ipsorum est eligendi*), der Senat um Autorisation zur Ernennung eines *curator bonis distrahendis* angegangen werde. *Ex Scto* (d. h. *permissu Senatus*) erfolgte die Ernennung des *curator* durch den Prätor oder Statthalter,

*) s. Excurse S. 255.

und der *curator* hatte dann das Vermögen im Einzelnen zu verkaufen und den Erlös zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Eine Universalsuccession fand hier nicht Statt, obschon dem Schuldner alle seine bisherigen Ansprüche genommen wurden. (*Fr. 5. 9. D. de curat. dandis* (*27, 10*); *l. 4. C. de cur. bon. 42, 7.*)

Der Gedanke der Specialexecution kam aber erst im Folgenden zum vollen Durchbruch: „Durch kaiserliche Rescripte seit Antoninus Pius (*fr. 31. D. de re jud. 42, 1; l. 1. 7. 8. 9. C. si in causa jud. 8, 23*), also durch das *jus extraordinarium,* wurde neben der allgemeinen Vermögensexecution durch *missio in bona*, wodurch es zum Concurs kam, die individuelle Beitreibung einer Geldschuld durch Pfändung einzelner Vermögensstücke (*pignoris capio*) sowohl gegen den geständigen, als den verurtheilten Schuldner eingeführt" (*fr. 31. D. de re jud. 42, 1*; *Paul. V, 5 a. § 4; l. 9. C. de exec. sent. 7, 53*). v. Bethmann-H. II. S. 547. „Es war den Röm. Begriffen durchaus zuwider, einen Bürger im Interesse eines anderen Bürgers durch den Magistrat stückweise seines Eigenthums zu berauben, gleichsam ihm die Federn eine nach der anderen auszurupfen und also an seiner Ehre beschädigen zu lassen ... Zuerst in der Kaiserzeit, wo die bürgerliche Freiheit keine Macht mehr war, und der kaiserliche Absolutismus die Mittel nur nach Zweckmäßigkeit berechnete, ging man von jenem Grundsatz ab" (v. Bethmann-H. II. S. 692. 693). Erleichtert wurde dieser Schritt jedenfalls dadurch, daß jetzt im Verkehr mehr und mehr Gewicht auf den Realcredit gelegt und demgemäß das Pfandwesen ausgebildet wurde. Der Personalcredit mit seinen zwei Steigerungsformen: Personalhaft und Bürgschaft, war das eigentlich nationale Creditsystem der Römer gewesen; als aber „*utilitas pignorum irrepserit*" (Ulp. in *fr. 14. § 1. D. de pec. c. 13, 5*), lag es nahe, die verwandte Idee des *pignus in causa judicati captum* zu einem Executionssystem auszubilden; hatte doch der Personalcredit, der schon in der *lex Poetelia* wesentlich geschwächt worden, mit der *cessio bonorum* den Stich in's Herz bekommen, und war doch der Idee einer Pfändung schon in der *missio in possessionem rei servandae causa* (mit der Bedeutung eines *pignus praetorium**) vorgearbeitet gewesen! In dem Grundgedanken dieses neuen Systems lag aber einmal ein Gegensatz zur Universalsuccession und eine völlige Ablösung von der Persönlichkeit des Schuldners, aber zugleich kündigte sich darin auch der Gedanke der directen Naturalexecution an; in jenem Executionsprivileg der Senatspersonen war dieser Gedanke noch nicht gegeben, wie dasselbe denn auch sonst noch der Universalexecution sehr nahe stand; allein in der neuen Pfandexecution wegen Geldschulden war schon vorgebildet, daß es die eigentliche Leistung (Geldsumme, Pfanderlös) sei, welche erzwungen werden solle. So lag denn diese *pignoris capio* in der That ganz außerhalb des nationalen Proceßsystems, und dem entsprechend galt es als ein Verfahren *extra ordinem* (*fr. 50. D. de evict. 21, 2*). Dieselbe Zeit, welche durch

*) s. Cursus § 265.

das moderne Institut der *litis denuntiatio* die alte *in jus vocatio* zu verdrängen anfing,* verkümmerte auch mittels der Special- und Naturalexecution den Raum der alten personellen und universellen Executionsidee.

Diese *pignoris capio* oder Beschlagnahme einzelner Werthstücke fand auf Grund (durch Urtheil oder Geständniß) liquider Geldschuld und nach Ablauf der richterlich gewährten Zahlungsfrist durch die Hand der Gerichtsdiener (*apparitores, executores*) statt, und begründete ein mit der Abpfändung beginnendes Pfandrecht (*l. 1. C. si in c. jud. 8, 23; l. 2. C. qui potior. 8, 18*). Binnen der traditionellen (alten Addictions- und Venditions-) Frist von 2 Monaten erfolgte öffentlicher Verkauf (*licitatio et addictio pignoris: l. 2. C. si in c. jud. 8, 23; fr. 15. § 6. D. de re jud. 42, 1*) durch die Gerichtsdiener (*fr. 50. 74. § 1. D. de evict. 21, 2*) und Auszahlung an die Gläubiger (*fr. 31. D. eod.*).

C. Die eigentliche Naturalexecution. Die Entwicklung der civilprocessualen Executionsmittel im Röm. Recht ist eines der schönsten Beispiele normalen und stufenweisen Ganges; innerhalb der äußeren Contoure, d. h. mit Beibehaltung der (zweimonatlichen) Hauptfrist,** fand der allmähliche Uebergang vom idealistischen Institut der Personalexecution zu dem vollendeten Naturalismus der directen Specialexecution statt: die XII Tafeln, die *lex Poetelia,* das Prätorische Edict, die Augusteische Gesetzgebung, endlich das auf den Edictsabschluß folgende Zeitalter der Antonine, also die Hauptquellen und Hauptstufen der allgemeinen Rechtsgeschichte, sind auch an jener Entwicklung vornehmlich betheiligt: in diesem engen Rahmen scheint sich der Geist des ganzen Rechts der Römer zu spiegeln, und darum als Rom dem humanistischen Peregrinenthum, die idealistische Energie der utilitarischen *pinguitudo* zu erliegen begannen, zahlte auch der Civilproceß der Zeit seinen Tribut, diese flachte den Gedanken der Execution ab, aber gestaltete sie freilich auch handlicher, zweckdienlicher und milder.

In der *pignoris capio* war der idealistische Faden und der Standpunkt der *condemnatio pecuniaria* noch nicht völlig aufgegeben, denn der Gedanke blieb, daß der Beklagte eine Geldsumme leisten müsse, und daß darauf seine Person verpflichtet und in Anspruch zu nehmen sei; es wurde nur diese Obligation künstlich mit einem Pfandnexus ausgestattet, d. h. zu der Proceß- oder Judicatsobligation eine Proceßhypothek gefügt, die, wenn sie einmal begründet war, das Verfahren im gewöhnlichen Pfandwege verlaufen ließ. Selbst wenn es eine baare Geldsumme war, die abgepfändet wurde, galt diese immer zunächst als Pfandobject, nicht als direct erzwungene Leistung; die Ausführung eines unmittelbaren Zahlungsbefehls galt als *incivilis* (*fr. 23. § 3. D. quod met. c. 4, 2*).

Dennoch trat hier bei Geldsummen die Abpfändung praktisch der Naturalexecution so nahe, daß kaum ein Unterschied blieb, und kein Bedürfniß war, hier zum Princip der Naturalexecution überzugehen. Eher mußte dieses Bedürfniß da entstehen, wo der Klaganspruch auf

*) s. Cursus § 348. **) s. Cursus § 265. †) s. Cursus § 265.

Sach- und Werthleistungen anderer Art, z. B. Naturalrestitution eines Depositum, Exhibition, gerichtet war. Im Ordinarproceß aber scheint die Zeit der classischen Jurisprudenz diesen Schritt noch nicht gewagt zu haben (*Ulp. fr. 3. § 2. D. de reb. cor 27, 9*); entgegenstehende Digestenstellen (*Ulp. fr. 68. D de rei vind. 6, 1; fr. 21. § 4 D. de op. n. n. 39, 1*) enthalten wohl interpolirtes, d. h Justinianisches Recht. Nur da, wo öffentliche Interessen eine schleunige Rechtshülfe heischten, wie in gewissen Interdictsfällen und manchen *extra ordinem* zu erledigenden Streitfragen, mag der Magistrat direct auf die fragliche Sache losgegangen und auf Antrag zur Anordnung eines Zwanges *manu militari* bereit gewesen seyn. v. Bethmann-Hollw. II. S. 697—9. Dazu v. Savigny System V. S. 123. Dernburg Pfandrecht II. S. 310. So lange die *condemnatio pecuniaria* bestand und Regel blieb, konnte der Gedanke einer directen Specialexecution nicht zur wirklichen Anerkennung gelangen: es wäre das eine Ablösung der Execution von der Formel und der *condemnatio* gewesen. Erst mit dem Bruch des bisherigen Condemnationssystems konnte das Princip der unbedingten Naturalexecution zum Durchbruch kommen: eine That des nachclassischen Rechtssinns.

V.

Das außerordentliche Verfahren.

Zu § **351**] A. *Extraordinaria cognitio.* Es hatte von jeher im *imperium mixtum* der höheren Magistrate gelegen, daß sie in solchen Fällen, die ohne eigentlichen und selbständigen Proceß zu einer raschen Erledigung drängten, ohne Instruction eines Judicium *brevi manu* durch Decret entschieden (*stipulationes praetoriae*, *missiones in possessionem, in integrum restitutiones*). Der Kreis dieser Cognitionalsachen im alten Sinn* erweiterte sich in der Kaiserzeit so beträchtlich, daß der Prätor für sie besondere Gerichtstage (*sessiones pro tribunali, dies cognitionum*: *fr. 2. § 2. D. quis ordo 38, 15*) einrichten mußte. v. Bethmann-Hollw. II. S. 175. 759. Dahin gehörten namentlich solche (zuweilen mit Interdictsanlässen zusammentreffende) Sachen, bei denen eine Staatspflicht der Bevormundung und Aufsicht anerkannt wurde: nämlich 1) Adoptionssachen, wobei die *justa causa arrogationis* und Interessen Dritter in Frage kommen konnten (*fr. 15. 17. 22. 39. D. de adopt. 1, 7;* Rescript des *D. Marcus*); 2) Alimentensachen, indem eine *Oratio D. Marci* bestimmte: *ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam auctore Praetore facta* (*fr. 8. pr. D. de transact. 2, 15*), um leichtsinnigen Abkommen und Uebervortheilungen derer vorzubeugen, welchen Alimente vermacht waren (*fr. 8. § 1. 6. 11. 20. D. eod.*); 3) Vormundschaftssachen vermöge der durch *Scta* und *Constitutiones* sehr ausgebildeten Competenz der *Praetores tutelares;* zu der *jurisdictio pupillaris* gehörten die Erörterung bei der Vormundsbestellung (*inquisitio*), Bestimmung über Erziehung, Unterhalt, Grundstücks-

*) s. Cursus § 217. Dazu Excurse S. 262–4.

veräußerung, Excusation, *potioris nominatio* und Rechnungsablegung (*fr. Vatic. § 173. 232; fr. 6. 7. D. de conf. tut. 26, 3; fr. 1. 5. D. ubi pup. 27, 2; fr. 1. 3. § 9; fr. 5. § 10. D. de reb. eor. qui sub tut. 27, 9*). v. Bethm.-Hollw. II. S. 98. 761; 4) Miethumzugs- und Begräbnißsachen (*fr. 1. § 2. D. de migrando 43, 32; fr. 12. pr. fr. 14. § 2. D. de relig. 11, 7; fr. 43. D. de rei vind. 6, 1*), 5) Communalsachen (*de honoribus et muneribus: fr. 5. pr. D. de extrao. cogn. 50, 13; fr. 8. D. de pollic. 50, 12*); 6) Fiscalsachen (*fr. 23. § 1. D. de app. 49, 1*); s. v. Bethm.-Hollw. II. S. 183. 760; hier sowohl, als zuweilen auch in Alimentationssachen (*fr. 8. § 19. D. de transact. 2, 15*) war es der *Procurator Caesaris*, welcher cognoscirte. Rudorff II. § 60. —

Neben diesem erweiterten Kreise von uneigentlichen Jurisdictionssachen wurden nun aber in der Kaiserzeit auch gewisse Processe, welche wirkliche Civilstreitigkeiten betrafen, und daher sachlich zur Behandlung im *ordo judiciorum* geeignet gewesen wären, nicht demselben zugewiesen, sondern nach Art jener Cognitionalsachen dem Magistrat zu kurzer Erledigung durch eigenen Entscheid überlassen, und hieraus bildete sich ein besonderer Kreis processualer Cognitionalsachen. Diese wurden, da sie Rechtsfragen des neueren *jus extraordinarium** enthielten, *extraordinariae cognitiones* genannt, und obwohl die Rechtsmittel wirkliche Klagen waren, doch nicht den eigentlichen *actiones* gleich geachtet und daher meistens als *persecutiones*, *remedia*, *auxilia*, oder *petitiones extraordinariae* bezeichnet (*fr. 10. 34. 49. 178. § 2. D. de V. S.*), oder noch mit *extra ordinem subvenitur*, *interpellatur* ausgedrückt (*fr. 43. D. de rei v. 6, 1*); doch kommt schon bei Scaevola, Ulpian und Paulus auch der Ausdruck *actio* (*extraordinaria*) vor (*fr. 52. § 2. D. de act. emti 19, 1; fr. 52. pr. D. de judic. 5, 1; fr. 34. D. de V. S.*).

Diese Cognitionalprocesse betrafen Vermögens- und andere Ansprüche, vornehmlich folgende Streitsachen: 1) Fideicommißsachen — seit Augustus und Labeo — d. h. Ansprüche aus freien letztwilligen Zuwendungen, worüber die Consuln, besondere Prätoren und die Statthalter judicirten (*Gai. 2, 278; Ulp. 25, 12; fr. 92. D. de condit. 35, 1; fr. 41. 44. D. de fideic. libert. 40, 5*). 2) Alimentensachen zwischen Eltern und Kindern, Patron und Libertus vor den Consuln, *Praefectus Urbi* und Statthaltern — hauptsächlich durch Rescripte der beiden Antonine und in der Zeit ausgebildet, als man anfing, die *naturalis ratio* genauer zu bestimmen: denn die Ernährpflicht wurde nicht auf die *potestas*, sondern auf die *naturalis cognatio* und das *officium pietatis* gegründet (*Ulp. fr. 5. pr. — § 9. 14. 16. D. de agn. et al. lib. 25, 3*). *De alimentis patroni arbiter solet dari, arbitraturus quantum sit in facultatibus; ut perinde possint alimenta moderari* (*fr. 5. § 25. cit.*). 3) Emancipations- und Manumissionssachen zwischen dem Gewalthaber und seinem Sohn oder Sklaven, worin nicht bloß Ersterem, sondern selbst Letzterem eine Art *persona standi in judicio* eingeräumt wurde

*) s. Cursus § 297. 306. 339.

(*Coll. leg. 2, 3; fr. 5. D. si a par. 37, 12; Gai. 1, 53; fr. 5. pr. D. de manum. 40, 3; fr. 7. D. de lege Corn. de falsis 48, 10; fr. 53. D. de judic. 5, 1*). 4) Honorar- und Salärfragen der Sachwalter, Aerzte, Lehrer, Feldmesser, Unterhändler, Comites und Assessoren in den Gerichten (*fr. 1. 3. 4. D. de extrao. cogn. 50, 13; fr. 1. pr. D. si mensor 11, 6; fr. 1. D. de proxen. 50, 14; fr. 19. § 10. fr. 38. § 1. D. locati 19, 2*).

Alle diese Sachen wurden als wirkliche Rechtsstreite zwischen zwei Gegnern contradictorisch verhandelt, dagegen fiel hier sowohl die *in jus vocatio*, als die *formula* und *litiscontestatio* weg, da die Pietäts- und Anstandsrücksichten jene verboten, und die summarische Erledigung durch den Magistrat selbst der Constituirung eines Judicium überhob. Statt dessen erließ der Magistrat auf gestelltes Ansuchen des Imploranten (*postulatio* und *impetratio cognitionis*) eine Citation an den Gegner (*evocatio*), welche entweder durch den Imploranten selbst (*denuntiatio ex auctoritate*) oder auch durch den Ortsmagistrat (*literae*) zu übermitteln war, und die Streiteinlassung des Gegners (*susceptio litis s. cognitionis*) war kein processuell kritischer Punkt (*fr. 1. pr. fr. 7. § 3. D. de susp. tut. 26, 10; fr. 3. § 9; fr. 13. pr.; fr. 29. § 2. D. de minor. 4, 4; fr. 39. § 6. D. de procur. 3, 3; fr. 39. pr. D. de evict. 21, 2; fr. 26. § 7. 9. D. de fideic. libert. 40, 5*). War der Wohn- und Aufenthaltsort unbekannt, so erfolgte die Ladung durch öffentlichen Anschlag im Album des Prätor (*propositio trium edictorum, tribus edictis evocare, edictum peremtorium impetrare: fr. 73. pr. § 1; fr. 75. D. de judic. 5, 1; fr. 53. § 1. D. de re jud. 42, 1*); im Contumazfall ging die Verhandlung ohne den Gegner vor sich, wenn der Implorant dies beantragte (*fr. 73. § 1. D. de judic. 5, 1; fr. 27. § 1. D. de lib. caus. 40, 12*). In Mangel der L.-C. wurde die Ladungszufertigung als entscheidender Proceßanfang angesehen (*fr. 20. § 6. D. de her. pet. 5, 3; fr. 33. D. de O. et A. 44, 7*). — Die Verhandlung wurde protocollirt und das Urtheil aus dem Concept verlesen (*recitatum ex periculo: l. 1. C. de sentent. 7, 44*); Appellation war zulässig, die Execution wurde direct auf den Klagzweck gerichtet (*fr. 41. D. de minor. 4, 4; fr. 4. D. ad Sct. Treb. 36, 1*). v. Bethmann-Hollweg II. S. 194. 760. 763—781.

B. Rescriptsproceß und Statussachen. Während in der *extraordinaria cognitio* ein sachlich neues Gebiet sich aufthat und durch Einführung eines neuen Verfahrens für solche Sachen das Gebiet des *ordo judiciorum* nur negativ begrenzt, d. h. seine natürliche Erweiterung verhindert wurde, erfuhr dieses Gebiet eine positive Beeinträchtigung durch das Aufkommen des Rescriptsprocesses, denn in demselben fanden solche Sachen Erledigung, welche der Regel nach in ordentlicher Klage (durch prätorische Formula) zu verfolgen waren. Dieser Rescriptsproceß gründete mithin nicht ein Nebengebiet des *ordo judiciorum*, sondern brach in dessen Gebiet selbst ein und nahm einen Theil desselben in Besitz. Die Kraft solcher Eroberung konnte nur vom Princeps ausgehen, allein als man sich an diesen Bruch durch den Princeps gewöhnt hatte, schritt man auch dazu fort, den Consuln und Prätoren

eine analoge Ausnahmecompetenz einzuräumen, und insofern die Ausnahme zu einer stehenden Institution zu machen.

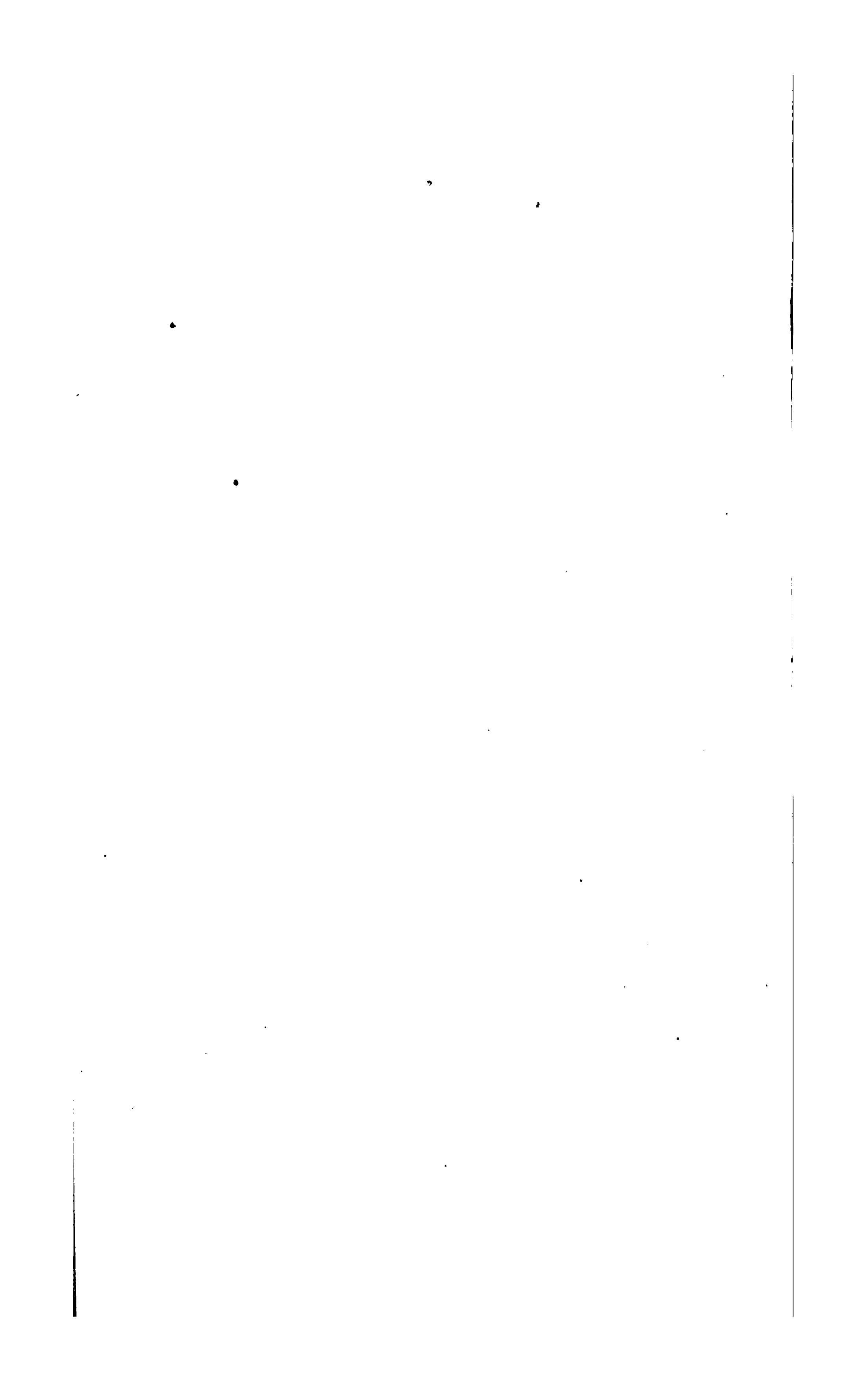
1. Der Rescriptsproceß trat ein, wenn ein Implorant sich an den Princeps als obersten Reichsmagistrat wendete, damit dieser in erster Instanz (in seiner Kanzlei) selbst cognoscire und erkenne, oder durch den von ihm instruirten ordentlichen Richter (*per judicem ordinarium*), bez. durch einen von ihm eigens ernannten außerordentlichen Commissar (*per judicem datum*) cognosciren und erkennen lasse. Das Gesuch mußte schriftlich an den Princeps gerichtet werden (*supplicatio, libellus*), worauf entweder — selten — die Ansetzung eines Termins und Ladung des Gegners von der Kanzlei besorgt (*fr. 21. D. rat. rem 46, 8*), oder mittels kaiserlichen Rescripts dem Richter eine Anweisung ertheilt wurde, welche der Implorant dann zu übermitteln hatte. Die *impetratio rescripti* vertrat hier die Formula und bez. Lit.-Cont. (*l. 10. C. Th. de div. rescr. 1, 2; l. 1. C. quando lib. 4, 20*). Dem Gegner mußte bei der *denuntiatio* gleichfalls das Rescript vorgelegt werden, damit er sich behufs seiner Streiteinlassung informiren konnte (*exceptio sub-* und *obreptionis, praescriptio mendacii* d. h. Einrede des durch Verschweigung oder Fälschung von Thatsachen erschlichenen Rescripts: *l. 1—5. C. si contra jus 1, 22*). Nach Schluß der Verhandlung entschied der Richter, ob der erwiesene Sachverhalt den im Rescript vorausgesetzten Umständen entspreche (*si preces veritate nitantur*). Appellation blieb ausgeschlossen, falls der Princeps selbst entschied oder den ernannten Richter für inappellabel erklärte (*fr. 1. § 4. D. a quib. app. 49, 2; fr. 18. § 4. D. de minor. 4, 4*). v. Keller Civilproc. § 81. Rudorff II. § 62. v. Bethm.-H. II. S. 113. 767. 773. III. S. 239. 262. 350.

2. Statussachen wurden wegen des Interesses der Reinhaltung der Stände den Consuln und Statthaltern zu eigner Cognition überwiesen: dies geschah rücksichtlich der *ingenuitas* und *libertinitas* seit einer *Oratio D. Marci*, also desselben Princeps, welcher auch die Inappellabilität der durch Rescript ernannten Richter beliebte (*fr. 4. D. si ingenuus 40, 4; fr. 1. § 3. D. ne de statu def. 40, 15*). Die Familia (d. h. *patria potestas* und Agnation) betreffende Rechtsstreite kamen häufig zur *cognitio Praetoria* und wurden so gleichfalls den Geschworenengerichten entnommen (*fr. 1. § 2. D. de rei vind. 6, 1; l. 2. C. si adv. rem jud. 2, 27*). v. Bethm.-H. II. S. 766.

Indem in allen diesen Cognitions- und Rescriptsprocessen der Rahmen der Schriftlichkeit immer breiter wurde, die Theilung des Verfahrens *in jus* und *judicium* wegfiel, nicht mehr geschworne Spruchrichter, sondern die Magistrate (darum nun selbst *Judices* genannt) cognoscirten und entschieden, daher auch weder Formula ertheilt, noch eigentlich *lis* contestirt, überdies das System der *pecuniaria condemnatio* verlassen, und directe Special- (oder Natural-) Execution verhängt wurde: ist hier die Bahn zu erkennen, auf welcher dann die Proceßumgestaltung in der Diocletianischen Epoche grundsätzlich von Statten ging. v. Bethm.-H. II. S. 782.

Zweiter Theil.

Das System
des Römischen Privatrechts
zur Zeit der classischen Jurisprudenz.



ERSTES BUCH.

Die Gattung der Privatrechte
oder
die allgemeinen Lehren des Privatrechts.

Einleitung.

I. Kapitel.
Uebersicht des Systems.
(Zu § 352-366)

I.

Der *Paterfamilias*, die Hauptgestalt des Römischen Privatrechts.

Zu § **353**] Das Privatrecht der Römer hat sein besonderes Gepräge durch die Energie empfangen, mit welcher die reine Privatrechtsidee durchgeführt ist. Dieser specifisch privatrechtliche Typus oder civilistische Styl ist in dem älteren streng nationalen Recht, worunter im Allgemeinen das in den XII Tafeln gegründete und unter Leitung der Pontifices entfaltete verstanden werden mag, in eminenter Weise zu Tage getreten; aber auch später, nachdem mancher genossenschaftliche Zug in das System des Privatrechts Eingang gefunden, herrscht der Gesichtspunkt der isolirten, concentrirten und selbstgenugsamen Privatpersönlichkeit so entschieden vor, daß das gesammte Privatrecht in der Hauptsache dadurch bestimmt bleibt.

Im Mittelpunkte dieses Baues steht die classische Gestalt des *paterfamilias;* die juristische Seele dieser Gestalt ist eben die civilistische Centralidee der Römer gewesen. Von dieser Centralidee aus baut sich die ganze Welt des Römischen Privatrechts auf, und bestimmt sich das innere Verhältniß aller Theile desselben. Man könnte fürwahr diese Idee die Centralsonne Rom's nennen; sie bestrahlt alle Theile jenes Baues und durchleuchtet dessen gesammtes Fachwerk: nur was in ihr Licht gerückt und in demselben angeschaut wird, kann wahrhaft verstanden werden. Durch die Gestalt des *paterfamilias* im Mittelpunkte der *res privata* ist dieser Sphäre eine so vollkommene Plastik zu Theil geworden, daß kein Privatrecht eines anderen Culturvolks sich mit dem Römischen messen kann, und selbst das Römische Staatsrecht an Plastik, Einheit und Durchsichtigkeit dem Römischen Privatrecht nachsteht. Auch das *jus publicum*

der Römer ist eine noch lange nicht erschöpfte Quelle großartiger staatsrechlicher Motive und eine noch gar nicht genügend benutzte Schule staatsmännischer Bildung, allein wie schon in den XII Tafeln das Staatsrecht vom Privatrecht überflügelt war, so ist auch nachgehends das Privatrecht zu größerer Reife gediehen, als das Staatsrecht, und man wird in den meisten Punkten der Forschung am sichersten daran seyn, wenn man nicht das *jus privatum* als einen Reflex des *jus publicum*, sondern umgekehrt dieses als einen Reflex von jenem betrachtet. Wenn der altrömische Staat ein Vertrag der Geschlechtshäupter, der Regierungsantritt seiner Könige und Consuln eine Wahlcapitulation mit der Gesammtheit der Geschlechtshäupter, das Tributum ursprünglich ein Anlehn, jedes Gesetz eine Sponsio war: wer erkennt da nicht das Abbild des privatrechtlichen Grundwillens, und wer möchte da nicht den *paterfamilias* das Urbild des *civis* nennen! Was originell im Römischen Staatsrecht war, war militärisch, alles Andere im Staat war nur der Reflex des Hauses. Dürfen wir uns wundern, daß die Privatmacht sich länger ihre Spitze, das *jus vitae ac necis*, erhielt, als die Staatsmacht der Republik es vermochte (*leges Porciae!*), daß das Privatrecht eine lebhaftere Expansionskraft (in dem Institut der Latinität) im Reiche entwickelte, als das Staatsrecht, daß das *jus publicum* weit früher seine praktische Bedeutung und Römische Art verlor, als das *jus privatum*, denn der Römische *paterfamilias* bewahrte sich auch in der Kaiserzeit noch ein gutes Theil seiner Ehrwürdigkeit, und daß selbst die militärischen Staatsideen sich in häuslichen Privatideen, die *provincia* im *peculium*, das *imperium proconsulare* in der *libera peculii administratio*, das Principat im *peculium castrense* spiegelten? —

Es ist ein Irrthum, zu denken, daß die Geschichte der menschlichen Gesellschaft vom Individuum zur Genossenschaft aufsteige; zwar ist der Keim der selbständigen Individualität in alle genossenschaftlichen Lebenskreise gelegt, aber lange pflegt er da zu schlummern, bevor er eine Macht im Leben wird und gar zum gestaltenden Princip der Menschheit erstarkt. In der Kindheit der Natur herrscht allenthalben die Idee der Gattung, und das Ganze ist, wie Aristoteles sagt, vor seinen Theilen da. Nur allmählich geht die Massenwirkung in Articulation über, nur langsam emancipirt und löst sich das Individuum von der Gattung, das Familienglied von dem Familienkörper, der Stammgenosse vom Stamm, der Bürger von der Nation, der Einzelwille vom Gemeinwillen, die freie Persönlichkeit des Einzelnen, der ein Ebenbild der Urpersönlichkeit Gottes ist, von den Ordnungen der Natur und Banden der Ueberlieferung, in die er hineingeboren ist und als deren Resultat und Theil er sich vorerst fühlt und denkt. Nun aber bemerken wir, wie überaus scharf die Linie ist, welche vom Römischen Rechtssinn gezogen wurde zwischen der *res publica* und *res privata*, ja man kann sagen, zwischen dem *civis* und *paterfamilias*. Wie in Himmel und Erde, haben die Römer ihre Rechtswelt auseinander gelegt, man könnte

das *jus publicum* ihren Himmel, das *jus privatum* ihre Erde nennen; ihr Capitol mit der Staatsgottheit war ihr Olymp, ihr Privathaus war ihr irdisches Reich, und wie es eben die Art des antiken Heidenthums war, seine wahre Heimat suchte es auf Erden und nicht im Himmel; in der vollen Sinnlichkeit irdischer Verhältnisse fanden die classischen Männer der Antike ihr Genüge, und da waren sie Meister. Der Ausdruck dieses Gefühls irdischer Machtvollkommenheit war die mit großartigen Linien umzirkte Privatsphäre des Römers; im Mittelpunkte dieser Sphäre, als *paterfamilias*, als Souverän des Hauses, in seiner der Staatsmacht gleichartigen und ebenbürtigen Macht fühlte er sich als Schöpfer, Erhalter und Regierer und erblickte er den Repräsentanten der monarchischen, centralisirenden Idee, welcher, wenn er überhaupt je im Römerthum gegeben gewesen, jedenfalls infolge der Vertreibung der Könige für das Gemeinwesen abhanden gekommen und im capitolinischen Jupiter mehr nur wie ein Schatten erhalten war.

Mit dieser Vertiefung und Ausarbeitung der Privatsphäre hatte eine herrliche und großartige Idee, die dann im Christenthum eigentlich vollendet werden sollte, zunächst ihren irdischen Ausdruck und juristische Anerkennung gefunden: daß zuletzt aller Werth im persönlichen Geiste des einzelnen Menschen ruht, und alle Bildung auf die Vervollkommnung der menschlichen Seele abzweckt. Das Individuum als Ebenbild Gottes ist der letzte Zweck aller Veranstaltungen und Einrichtungen, und das Allgemeine hat Werth nur nach Maßgabe, als es sich in dem Individuum spiegeln und verwirklichen kann. Der Staat ist ja doch nur eine irdische und vergängliche Institution, während die Seele des Individuums auf Ewigkeit angelegt ist: so dient im letzten Grunde der Staat immer dem Individuum. Alle Entwicklung strebt darum auf das Individuum hin, und die Römer haben etwas Großes geleistet, indem sie mit ihrem Privatrecht dem Individuum einen Kreis eignen Waltens sicherten und formulirten. Das Individuum als lebendiger Mittelpunkt eines solchen Kreises nun ist der *paterfamilias* in quellenmäßiger Auffassung; Ulpian (in *fr. 4. D. de his qui sui j. 1, 6* und *fr. 195. § 2. D. de V. S.*) sagt: *patresfamiliarum sunt, qui sunt suae potestatis, sive puberes sive impuberes*, und *paterfamilias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat; non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus*, d. h. *paterfamilias* ist die Privatperson in reinster Idee, in rechtlicher Isolirtheit, die Person, welche unbedingte Herrin in ihrer Sphäre ist, die Person also ohne alle Rücksicht auf genossenschaftlichen Zusammenhang, und als Souverän eines Reichs von Beziehungen, die sämmtlich im Lebenszweck und Eigenwillen des Einzelnen zusammenlaufen, die Person, welche Alles unter sich zusammenfaßt und als ihre Pertinenz betrachtet, was nicht dem Staatswillen abgetreten und zugefallen ist, und welche mithin auch die häuslichen Familienbeziehungen als ein Attribut und Monopol des Hauptes, das Familienrecht als ein Privatrecht und analog dem Vermögensrecht, ja fast als ein Vermögensrecht selbst

oder als eine Vermögensgewalt ansieht, kurz die verwirklichte abstracte Person.

Paterfamilias war Privatmann; wie aber unterscheidet sich das Wort von ἰδιώτης? Im politischen Volksbewußtseyn der Hellenen wog das Gemeinwesen noch dermaßen vor, daß, wer sich als Einzelwesen gerirte und isolirte, als Ungebildeter und Plebejer im schlimmen Sinn, als Laie oder Philister galt; erst in Rom gelangten die Selbstzwecke der Privataction zu voller Würdigung. Wie *matrona*, war auch *paterfamilias* eine Ehrengestalt, und man merkte es seiner Haltung an, daß er sich nicht bloß als positives Glied, sondern ebenso als negative Grenze des Staates fühlte. Daß das Haus die Burg des Privatmanns sei, und an der Schwelle des Hauses, wie vor dem Thor der Burg, der Staatswille Halt machen und schweigen müsse, weil er hier auf eine gleich ihm originale Autorität treffe, dies ist nicht erst an den Burgen mittelalterlicher Ritter oder den Häusern britischer Unterthanen, sondern zuerst und in vollstem Maße im alten Rom erkannt und anerkannt worden. Schon die XII Tafeln proclamirten: *Privilegia ne irroganto* und *Uti nuncupassit et legassit, ita jus esto;* noch Cicero (*pr. Caec. 33*) erklärt: *non, quicquid populus jusserit, ratum esse oportet*; wieder mußten die Kaiser anerkennen: *ut rata esset voluntas militis quoquo modo testantis**, und wie gern und oft provocirten die Röm. Juristen auf den *mos patrisfamilias!*

Wir haben das Recht als einen Ausfluß und Ausdruck der persönlichen Energie definirt**: im Römischen *paterfamilias* nun haben wir die fleischgewordene höchst persönliche Energie vor uns. Von diesem ideell-reellen Centrum aus ist die Lehre des Römischen Privatrechts auf- und auszubauen.

II.

Der Idealismus des Römischen Rechts.

Zu § **353**] A. Es ist oben in den Excursen der allgemeinen Einleitung† schon vom Idealismus in unserer Wissenschaft, und dann wieder†† vom Idealismus in der Jurisprudenz der Römer die Rede gewesen; als Gegensatz dazu ist der Naturalismus genannt worden. Absichtlich ist der Ausdruck Realismus dabei vermieden, denn unter diesem verstehen wir einen solchen Grundzug, welcher keinen eigentlichen Gegensatz zum Idealismus bildet: Ideen sind uns reale Größen, d. h. wirkliche und wirksame Kräfte des Geisteslebens; so unterscheiden wir reelle und unreelle Ideen und können die Realität an sich nicht als Gegensatz der Idealität denken. Beispielsweise ist die Idee der christlichen Kirche eine die Menschheit beeinflußende und durchwaltende Geistesmacht mit einer Fülle realer Wirkungen; oder die Stiftung ist eine Rechtsidee, von welcher im einzelnen Fall eine Summe

*) s. Excurse S. 114. 118. Cursus § 39. Excurse S. 224. **) s. Cursus § 3.
†) s. Excurse S. 5. ††) s. Excurse S. 270. 275—9.

realer, in das Leben bedeutsam eingreifender und mit dem übrigen Verkehr sich verschlingender Wirkungen ausgeht; oder die Firma ist Ausdruck einer merkantilen Potenz, welche die Quelle der wichtigsten realen Werthe im Verkehr wird; auch jedes einzelne Rechtsverhältniß ist ganz abgesehen von seiner äußerlichen Darstellbarkeit ein idealreales Lebensverhältniß, das nicht ein abstractes Gedankending, sondern eine Ursache concreter Erscheinungen wird.*

Der Naturalismus also ist es, welcher uns als der richtige Gegensatz zum Idealismus erscheint. Unter jenem aber verstehen wir denjenigen Grundzug des menschlichen Geistes, welcher diesen so, wie es im Kinde vorherrschend zu seyn pflegt, der natürlichen Umgebung, der unfreien Naturordnung und der überkommenen Tradition hingibt und unterordnet. Wo dies der Fall ist, erscheint der Geist des Individuums, des Volks, mehr oder minder wie ein Reflex der Natur, abhängig von den Eigenschaften des Klimas, unterthan den Eindrücken der Landschaft und Witterung, und theils sklavisch hangend an dem Angebornen und Gewohnten, theils schwimmend auf dem Strome der wechselnden Zeit und getragen von der Welle des Augenblicks. Das ist das Wesen des Kindes mit seinem vorwaltenden Phantasieleben ohne Karakter und persönliche Sammlung; das ist das Wesen des Orients, wo das Menschengeschlecht seine Kindheit verlebt hat. Naturalismus und Orientalismus könnten als identisch gelten. Mit dem Hellenenthum treten wir in das Zeitalter der Jugend ein, wo die Persönlichkeit sich sammelt und concentrirt, sich gleichsam von der Außenwelt zurückzieht, ja ihr fast entfremdet sich eine Innenwelt errichtet und ausbaut und so zu jenem Aufschwung des Seelenadels gelangt, welcher im Gegensatz des Barbaren- und Peregrinenthums bei den Hellenen und Römern zu Tage tritt. Dieser Idealismus ist der Geist des classischen Alterthums und identisch mit dem antiken Occidentalismus. Wir wollen jetzt nicht erörtern, ob das die letzte Stufe der Entwicklung, und ob es nicht die weitere Aufgabe der Menschheit sei, den in sich gesammelten und karaktervoll befestigten Geist, welcher sich von dem Naturgrunde des Lebens entfernt und fast entfremdet hatte, zu diesem Grunde zurückzuleiten, um eine nützliche Herrschaft des Geistes über die Natur aufzurichten und zu vollenden: das wäre eine noch höhere Stufe der Cultur, als die classische Antike erreichte, und ein Fortschritt in der weltgeschichtlichen Mission des Menschengeistes, der nach dem Urgebot Gottes, zu herrschen über die ganze Erde, alles Irdische persönlich durchdringen, vergeistigen und alles unpersönliche Leben auf Erden an die persönlichen Herrscher der Erde knüpfen soll. Uns kommt es hier aber nur darauf an, zu zeigen, inwiefern jener Idealismus, welcher insgemein als ein Monopol des Hellenenthums angesehen wird, genau in derselben Weise dem Römerthum eignet und geradezu dessen universalhistorischen Grundzug ausmacht: mit Absicht

*) s. oben Excurse S. 8 u. 211.

lautet die Ueberschrift nicht: Idealismus im Römischen Recht, sondern: des Römischen Rechts.

Es ergibt sich aus dem Gesagten, daß, wenn wir vom Idealismus und Naturalismus reden, wir an sich nicht einen sittlichen oder gar religiösen Werth und Unwerth meinen. Das Kind kann in seinem naturalistischen Phantasieleben ebenso sittlich und religiös seyn, als der Jüngling im idealistischen Aufschwung seiner Energie, und es ist wieder nicht die Moral in Frage, wenn die Ehre der Arbeit proclamirt wird, und der moderne Geist es als seinen Beruf erkennt, zu dem Naturgrunde des Volks- und Verkehrslebens sich zurückzuwenden, um ihn zu beherrschen und zu durchgeistigen. Es kann nur von Stufen des Geistes überhaupt oder von den verschiedenen Lebensaltern der menschheitlichen Entwicklung geredet, und darf dabei nicht vergessen werden, daß ein gebildeterer Mann recht wohl sittlich niedriger stehen kann, als ein noch im Naturleben befangenes naives Kind. Mit Einem Worte: der bezeichnete Gegensatz ist ein Gegensatz der Cultur, nicht der Moral, und nicht eine Frage der Ewigkeit, sondern des irdischen Daseyns. Wir lassen demnach die Frage der Moralscala hier ganz bei Seite, wenn wir behaupten, daß der Idealismus, gleichwie er der Grundzug des hellenischen Phantasielebens, so auch der des Römischen Energielebens ist, und daß in derselben Weise, wie das hellenische Kunstwesen sich vom orientalischen und germanischen Naturalismus unterscheidet, auch das Römische Rechts- und Staatswesen im Gegensatz zum orientalischen und germanischen Naturalismus steht. Wir erörtern hierbei nicht weiter, in wiefern der orientalische und der germanische Naturalismus sich unterscheiden, jener in der Kindheit starr geworden ist, und dieser es auf Grund der Reception der Antike zu einer Versöhnung von Natur und Geist gebracht hat oder noch bringen soll: unsre hiesige Aufgabe beschränkt sich eben darauf, das *bonum et aequum* der Römer als einen dem hellenischen *καλὸν κἀγαθόν* gleichartigen und ebenbürtigen Grundzug und als den wahren Geist des Römischen Rechts, d. h. als denjenigen Karakterzug aufzuzeigen, durch welchen die Rolle des Römischen Rechts in der Weltgeschichte des Rechts überhaupt markirt wird.

Wir stellen diese Anschauung vom Römischen Recht entgegen derjenigen, welche im Egoismus den Geist des Römerrechts ergründet zu haben meint (Ihering Geist d. R. R. I. § 20), und ebenso derjenigen, welche im Römischen Recht einen Gegensatz zur Hellenischen Freiheit und Mannichfaltigkeit wahrnimmt (Mommsen Röm. Gesch. I. S. 457—460). Nicht Egoismus, sondern Energie war das Lebenscentrum des Römischen Rechts, und diese Energie nicht egoistischer als die Phantasie der Hellenen. Die Peripherie aber, welche um die Röm. Rechtswelt vom Idealismus gezogen wurde, war der Zug karaktervoller Individualität und freier Persönlichkeit, und dieser schuf zunächst im Privatrecht eine solche Welt der Freiheit, daß nur eben in der hellenischen Mythenwelt Aehnliches gefunden wird. Nicht der

Feind, sondern der Bruder von Hellas war Rom, wie in der Sprache, so durch sein Recht.*

B. Wir haben oben die Proculianer als die Repräsentanten des Idealismus bezeichnet,** woraus erhellt, daß wir sie vorzugsweise als die Römischen Juristen ansehen: wir würdigen in der That den Labeo, wenn wir die Fülle und Originalität des juristischen Denkens nehmen, als den eminentesten Juristen der Römer, und wir halten dafür, daß in dem späteren Ueberwiegen des Sabinianismus der Abfall vom Römerthum beginnt, und die Wendung zum orientalischen Byzantinismus sich ankündigt. Am ausführlichsten im Bisherigen haben wir den Idealismus des Römischen Rechts in dem rechtsgeschichtlichen ersten Theil am Civilproceß gezeigt. Im alten nationalen Sacramentsproceß war die reine Idee des Privatstreits, ohne durch das naturalistische Interesse des äußeren Erfolgs, des *damnum* und der *damnatio* getrübt zu seyn, ausgeprägt und durchgeführt; noch im Formularproceß, welcher mit dem Condemnationspassus allerdings schon ein naturalistisches Element intussuscipirte, drückten doch das System der *pecuniaria condemnatio* und die Sponsionen des Interdictverfahrens jenen idealistischen Grundzug aus; erst in dem Satze der Sabinianer, *omnia judicia esse absolutoria,* beginnt der entschiedene Ansatz einer naturalistischen Umgestaltung des Römischen Proceßorganismus.*** Einen ganz ähnlichen Entwicklungsgang hat die Römische Executionsordnung durchgemacht.† Der Römische Civilproceß ist aber eben nur ein Stück aus dem Gesammtverhalten des Römerthums zur Welt, Natur und allen s. g. natürlichen Bedingungen und Grundlagen des Lebens. Allenthalben ist die Geschichte des Römerthums gewissermaßen ein Protest gegen die heutige Nationalökonomie und moderne naturalistische Staats- und Rechtslehre.

Die Modernen sagen: die Natur des Landes (des Bodens) mache die Geschichte des Volkes, und darum seien Frankreich und Rußland centralistisch, Deutschland und die Schweiz aber particularistisch; und Rom?! Es hat nie ein Reich gegeben, das geographisch so gegliedert und zerstückelt, politisch und historisch so einheitlich und central war, wie das Römische Weltreich. Es hat nie einen Staat gegeben, der so aus sich selbst, d. h. aus der persönlichen Kraft der Bürgerschaft hervorgewachsen wäre und so rein auf dem Geiste der Genossen beruhte. Rom ist wie eine Selbstschöpfung aus dem Nichts, und so erscheint es auch im Spiegel der Römischen Ueberlieferung.†† Nicht im „Lande", sondern in den „Leuten" lag der Ausgangspunkt, und alle weitere Entwicklung Rom's war nicht territorialer, sondern nationaler und personaler Art, wie noch der ursprünglich rein personale Begriff der Provincia beweist. Nicht das Land machte den Staat, wie auf germanischem Boden, wo alle Rechts- und Staatsbildung wesentlich localer und territorialer Natur war, sondern der Staat, d. h. die Bürgerschaft

*) s. Excurse S. 42. 43. **) s. Excurse S. 279. ***) s. Excurse S. 215. 217. 219. 321.
†) s. Excurse S. 32. ††) Cursus § 55.

(*civitas, populus, exercitus*) machte das Land (*res populi, res publica*). Unabhängig vom räumlichen Zusammenhang und Karakter erstreckte Rom sein ideelles Gebiet über beliebige Punkte Italiens — dies waren seine Colonien, exterritoriale und doch integrirende Theile Rom's —, übersprang Gebirgszüge und Meere, spannte sein Netz um die mannichfaltige Culturwelt, schuf zum ersten Mal in der Geschichte überseeische Provinzen, brachte fast allenthalben den Typus der Stadtverfassung und damit eine gewisse ideale Urbanität zur Herrschaft über die Klimate und Rassen, und machte gewissermaßen — selbst den Seekrieg in die Formen des Landkriegs zwingend — auch das Meer zum Land. Rom's Genius unterjochte sich die Natur wie die Cultur, in freier Weise und so, wie es der nationalen Eigenart entsprach, Alles gestaltend. Rom, die eine Stadt, galt jederzeit als Vaterland und Heimat aller Römer,* der Census beruhte bis zum Ende der Republik auf dem Personalsystem, und ebenso war das System der internationalen Privatrechte nicht das territoriale, sondern nationale.** So wenig, wie die Hellenische Kunstwelt eine Imitation der sinnlichen Welt, war die Römische Staats- und Rechtswelt eine Imitation der geologischen und ethnologischen Natur; wenn unsere naturalisirende Nationalökonomie und Jurisprudenz von Heute ihr Fahrzeug historischer Forschung nicht vorsichtig steuert, so muß es an dem starken Felsen jenes Römischen Idealismus gar zerschellen; und wie dieser Idealismus sein Scepter schwang über der Reichsentwicklung im Ganzen, so auch über dem Bau der Welt des Privatrechts.

Die natürliche Anschauung läßt alle Menschen in den Grundbeziehungen der Persönlichkeit gleich seyn; aber Rom (wie Hellas) erkannte den Barbaren, den Sklaven diese Persönlichkeit ab, scheidend zwischen Mensch und Person, den Bürger über den Menschen erhebend, den Sklaven unter dem Menschen und gleichsam in der Thierwelt (*jus naturale!*) haltend. — Nach natürlicher Anschauung stehen Mann und Frau einander gleich, denn in ihnen ergänzen sich die Geschlechter, und sie zusammen wirken die Völligkeit des Gattungswesens; aber die Nationalanschauung der Römer negirte im Privatrecht die Subjectqualität der Frau, sie zum Object der Manusgewalt erklärend. Nach der Naturordnung ist die Frau die Gefährtin des Mannes und Gebärerin seiner Kinder, aber in Rom galt die *materfamilias* als die (erste) Haustochter des Ehemanns und die *conventio in manum mariti* als ein *agnasci;* freilich war es ein Culturfortschritt, daß sie Hauskind, nicht Sklavin war, allein eine Negation des Natürlichen, daß die Ehe sich unter die Formel der Verwandtschaft beugen mußte, und daß, während das Eheband die Bedingung der Zeugung und der väterlichen Gewalt ist, diese Gewalt zum Prototyp der Ehe gemacht ward. Die Ehe ist natürlicherweise ein Band neben der Zeugungs- und Blutseinheit, aber den Römern galt sie als Agnation, und mit der Adoption zu-

*) s. Cursus § 173. **) s. Excurse S. 52. 249. 252.

sammen bildete sie so eine künstliche Verwandtschaftssphäre neben der auf Blutseinheit ruhenden Verwandtschaft; diese, wie sie einerseits über das Naturband der Cognation hinausragte, war anderseits wieder enger als dieselbe, weil sie weder unrömische und außereheliche Verbindung, noch die Verbindung durch Personen weiblichen Geschlechts begriff; die Römische Verwandtschaft war also etwas Anderes als die natürliche. — Consens, nicht Concubitus machte die Ehe, väterlicher Wille, nicht wirthschaftliche Selbständigkeit, emancipirte den Sohn: so wurde alles Natürliche ignorirt, anders als im germanischen Recht. — Wo das Recht im Bande der Natur hängt, wird der Unterschied des Immobiliars und Mobiliars maßgebend, weil nur der Grund und Boden naturale Selbständigkeit dem Menschen gegenüber bewähren kann: aber im Römischen Recht ist die Prävalenz der Grundstücke fast verschwindend, *praedium* wurde von *praes* genannt, Vermögen hieß schlechthin Geld (*pecunia*), während unser „Gut" und „Realität" vorzugsweise das Grundstück bedeutet, und die Unterscheidung von *urbana* und *rustica praedia* ward nicht auf die natürliche Lage, sondern auf die menschliche Zweckbestimmung gegründet. — Die natürliche Basis des Credits muß in objectiven Realitäten gesucht werden, aber die Römer kannten lange nur den Personalcredit und dessen personelle Steigerung (Personalarrest, Bürgschaft); ihr Realcredit und Hypothekenwesen hat immer dem Personalcredit nachgestanden, und der natürliche Vorzug der Grundstücke ist im Römischen Hypothekenwesen nie zur Anerkennung gelangt.

Der menschlichen Herrschaft bietet sich vor Allem die natürliche Umgebung, also die Welt sinnlicher Objecte, als Gebiet dar, und diese Welt ist im germanischen Recht einseitig und fast allein entfaltet worden; aber der Römische Rechtssinn schritt frühzeitig darüber hinaus, entdeckte in der freien Willenssphäre der Menschen eine neue Welt übersinnlicher und doch ungemein werthvoller und trefflich verwendbarer Herrschaftsobjecte, und in dieser übersinnlichen Welt ist der antike Rechtssinn dergestalt heimisch geworden,* daß wir hier seine genialsten Schöpfungen zu bewundern haben. Die Obligatio der Römer ist eine durchaus ideale Gestalt, wie voll sie auch von realen Verkehrseffecten ist. Von zartester Constitution ist die Obligatio: die Römer aber haben es verstanden, ihre Umrisse so scharf zu prägen, und sie für ihre Functionen zugleich so beweglich zu organisiren, wie es eben nur der vollendete Idealismus in der idealen Welt des Willens vermag. Während der Germanische Rechtssinn das Schuldverhältniß mit dem Pfand verschwimmen ließ und es in die Urkunde, wie die Seele in ihren Körper, versenkte: hielt sich die Römische Obligatio immer selbständig und aufrecht in ihrer absoluten, übersinnlichen Eigenart; ja man könnte sagen, daß, während im germanischen Recht das Forderungsrecht gewissermaßen sich im Sachenrecht verlor, im Römischen Recht

*) Vergl. auch Cursus § 122. 125. 126.

umgekehrt der Typus der Obligatio zur Herrschaft kam, das Vormundschaftsverhältniß zum großen Theil in das Element der Obligatio versetzt ward, und die *rei vindicatio* so gut wie die *hereditatis petitio* (*Sctum Juventianum!*), ja das dingliche Recht der Hypothek etwas von der elastischen Natur der Obligatio erhielten. — Nach natürlicher Betrachtung beginnt und schließt das irdische Daseyn der Person mit Geburt und Tod; aber der Römische Rechtssinn anticipirte gleichsam dieses Daseyn durch die Fiction des *nasciturus superstes* mit Hinblick auf dessen kommende Existenz, und salvirte gleichsam das beendete Daseyn durch die Fiction des *defunctus superstes*, welcher die *hereditas jacens* beseele und in seinem Nachlaß unsterblich sei. Vom Standpunkt der natürlichen Familienordnung aus stellt sich die Intestaterbfolge als der Normal- und Musterfall dar, aber nach Römischer Sitte war die testamentarische Erbfolge prototypisch, und nicht das Blut, sondern der freie und souveräne Wille des Erblassers kettete das Band der Generationen.

Also hatte der energische Rechtssinn des Römervolks eine ideale Welt rechtlicher Einrichtungen und Verhältnisse geschaffen, in welcher man sich heimisch und sicher, erhaben und frei fühlte; erhaben über alle niederen Zufälligkeiten und Aeußerlichkeiten und frei vom Zwange alles dessen, was mit der Natur und ihrem Drucke zusammenhängt. So verstanden die Römer ihr *Jus*, wenn sie es die *Ars Boni et Aequi* nannten.

Aber es ward dieser Idealismus im Laufe der Zeiten abgeschwächt und mit modernen naturalen Nützlichkeits- und Humanitätselementen umkleidet. Aus dem *jus gentium* drangen durch das Edict der Prätoren solche Elemente ein; noch wurden dieselben assimilirt und römisch verklärt. Allein als mit dem Kaiserthum das Peregrinenthum breitere Bahn gewann, ward auch der souveräne Privatwille eingeschränkt, erfüllte sich die ideale Welt des Rechts mit tausend Rücksichten praktischer Zwecke, ward dem Personalcensus das territoriale System substituirt, trat der Realcredit mehr in den Vordergrund, erhielt der Grund und Boden — so der *fundus dotalis* — besondere Bedeutung, ward der Urkundenverkehr entwickelt, und mußte der letzte Wille manche Concession an die Naturordnung der Familie machen. Dieses Erwachen naturaler Kräfte war ein Fingerzeig auf den Orient. Noch hielt sich das Recht auf der Höhe, es zog nur des Irdischen Vieles an sich; aber endlich nahm es so Vieles davon auf, daß es der „*pinguitudo*“ erliegen und im nachclassischen Byzantinismus erstarren mußte.*

III.

Der Genossenschaftstypus des Germanischen Rechts.

Zu § 353] Wir haben gesehen, inwiefern Idealismus gleichsam die Peripherie der Römischen Rechtswelt bildete, und daß im Cen-

*) s. Excurse S. 249. 255 ff. 274.

trum derselben die majestätische Gestalt des *Paterfamilias* thronte. Alle Rechtstypen, welche dieser Welt angehören, sind mithin von der abstracten Person aus zu construiren; Nichts im strengen (Privat-) Recht der Römer ist genossenschaftlich bedingt, es ist eben reines Privatrecht. Anders das Germanische Recht, denn hier ist Alles genossenschaftlich bedingt und bestimmt, die Scheidung des *publicum* und *privatum jus* unvollzogen, und jede, selbst die scheinbar privatrechtliche, Figur trägt ein publicistisches Element in sich; alle Rechtsverhältnisse sind nicht Verhältnisse von Privaten, sondern von Familien- und Geschlechts-, Lehns- und Hof-, Gemeinde- und Zunft-, Mark- und Deich-, Stamm- und Reichsgenossen. Jedes Individuum ist Glied eines Ganzen, auch gleichzeitig Glied an mehreren Körpern, zugethan und angehörig solchen oft ineinander treibenden und verschlungenen Lebenskreisen; es hängt, wie es am Grund und Boden, am Stammgut und Weichbild hängt, so auch an der Genossenschaft; was es hat, das hat es als Genosse, das erhält es als Glied eines größeren Ganzen; nicht aus seiner abstracten und für sich gesetzten Persönlichkeit, sondern aus dem organischen Zusammenhang des betreffenden Lebenskreises und aus dem verfassungsmäßigen Herkommen ist seine Rechtssphäre, ist jedes einzelne Rechtsverhältniß zu verstehen und zu construiren. Das System der Rechte ist genossenschaftlich gegliedert.*

Die großartigste Anwendung dieses Genossenschaftstriebes erblicken wir im Feudalismus des früheren Mittelalters; denn er erbaute jene auf auf's Reichste gegliederte und von eminenten Lebenszwecken gleichsam strotzende Welt socialpolitischer Beziehungen und schuf durch die Stufen der Vasallen und Lehnsherren empor eine Verwicklung von Configurationen und eine Fülle der Ornamentik, welche den diametralen Gegensatz zur Einfachheit der classischen Antike bildet; fast karg und kümmerlich erscheint daneben diese. Die breite Basis jenes pyramidalen Aufbaus des christlichen Weltreichs mit den Schwertern Christi auf der Spitze, ist sie nicht das gerade Gegenbild des ausgedehnten Weltreichs der Römer, das auf das Capitol basirt gewissermaßen auf einer einzigen Spitze zu balanciren scheint? Auch hier wieder werden wir den Idealismus des Römerthums inne.

Es kommt hinzu, daß bei den Germanischen Stämmen frühzeitig die Factoren des wirthschaftlichen Berufslebens sich im Rechte geltend machten. Der Ritter hatte andere Lebensaufgaben als der Bauer, wieder andere der Handwerker und Städter, der Bergmann und der Seemann, der Cleriker und der Gelehrte, der Geld- und der Waarenhändler, der Effecten- und der Buchhändler. So wurde das Recht auf germanischem Boden von den Elementen der Berufsehre, der socialen Stellung und der wirthschaftlich getheilten Arbeit dermaßen durchdrungen und ständisch geschieden, daß auch dem gegenüber das immer

*) s. Kuntze i. d. Münchener krit. Ueberschau, II. (1854) S. 215—7.

und immer wieder bloß vom *Paterfamilias* (und vom *Miles*) aus construirbare Recht der Römer die Erscheinung eines höchst knappen und einfachen Systems bietet.

IV.

Das System der Rechte nach Römischer Anschauung.

Zu § 357] In diesem Römischen Rechtssystem haben wir es hauptsächlich nur mit der abstracten Person, mit dem *Paterfamilias* und seinen Beziehungen zu thun; denn der Peregrine war doch im Grunde nichts weiter als das negative Gegenbild, der Latine eine beschränkte Copie des Römers, und der daneben auftretende *Miles* nur der Anfang eines neuen Standesprincips, das eigentlich erst auf christlichem Boden und im mittelalterlichen *Miles,* d. h. im Ritter des Lehnssystems, seine volle Entfaltung und Weihe empfing.

Wie nun gliederte sich von jenem einfachen Centralpunkt aus die Welt des Römischen Privatrechts? Das Gliederungsprincip muß da hauptsächlich in der verschiedenartigen Natur des Objects gegeben seyn, welche mit Nothwendigkeit dem Subject gewisse Modalitäten und Differenzirungen der Herrschaft abgewinnt.

Man hat gefragt, ob das Recht als ein System der Rechtsverhältnisse oder der Rechte aufzufassen sei (s. v. Savigny System I. S. 8. Puchta Curs. d. Instit. I. § 21. 22. Stahl Philos. d. R. II. 1. S. 293. 294. Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse [Kiel 1866] S. 2. 6—8). Wenn unter „Rechtsverhältnissen" die socialen Stellungen des Subjects, die Beziehungen der Menschen auf einander, verstanden werden, so ist darin das erste Moment der Systematisirung zu sehen, insofern für die Art der Rechte zuvörderst wichtig ist, ob das Subject als Einzel- oder als Gemeinwesen, und als Glied welcher Gemeinwesen es in Betracht kommt. Wir haben eben gefunden, daß die Römer den *paterfamilias* und den *civis* unterschieden, und das gesammte Privatrecht ursprünglich rein als die Rechtssphäre des einzelnen *paterfamilias* auffaßten. Von da aber schreiten wir sofort weiter zu den „Rechten" insofern, als nun innerhalb der Rechtssphäre des *paterfamilias* alle Hauptkriterien dem Gebiete der Rechtsobjecte entnommen werden. Demgemäß sagen wir: insofern im Germanischen Recht die mannichfache Stellung des Subjects hervortritt, erscheint es mehr als ein System der Rechtsverhältnisse (in jenem Sinn), und insofern im Römischen Recht mehr die mannichfache Art der Objecte zur Geltung kommt, erscheint dieses mehr als ein System der Rechte (in jenem Sinn).

Im Germanischen Recht ist es nie zu einer klaren Unterscheidung der Rechte nach der Verschiedenartigkeit der Objecte gebracht worden: das Subject und seine Verschiedenartigkeit nahm so sehr die Arbeit des Rechtssinns in Anspruch, daß derselbe nicht über die bloße, rohe Ergreifung des wirthschaftlichen Werthes hinauskam. Germanisches

Pfand- und Urkundenwesen zeigen, wie Sachen- und Forderungsrecht gleichsam ineinanderschwamm. Anders im Römischen Recht, wo die eine und volle Herrschaft des *paterfam.* allmählich sich in Sachen-, Forderungs-, Gewalt- und Erbrecht sonderte, und noch weiter innerhalb jeder Gattung untergeordnete Arten unterschieden wurden. Das Object kam auf diese Weise zu seinem vollen Recht, und die Linien des Rechtssystems bewahrten demzufolge jene Ruhe, welche in der fließenden, drängenden, wogenden Fülle der german. Elemente jeden Augenblick vermißt wird. Rom's Genius hat mit jener ruhigen Mannichfaltigkeit gewissermaßen wieder gut gemacht, was der von Haus aus etwas gewaltsame und rücksichtslose Idealismus versäumt zu haben schien.

Das einzelne Privatrechtsverhältniß ist nach Röm. Rechtsanschauung schlechthin ein Verhalten zwischen Subject und Object: wie die übrige Welt dazu steht und sich dabei zu benehmen hat, ist eine Frage zweiter Linie. Alle Rechte sind absolut, und daß sie von der übrigen Welt anzuerkennen sind, bildet nicht das Wesen, sondern nur eine Consequenz und nicht den civilistischen, sondern den processualen Inhalt der Rechte. Nur scheinbar ist die Ausnahme, welche die Obligationen hiervon machen; es scheint, als ob hier das einzelne bestimmte verpflichtete Individuum zum Wesen des Rechts gehöre, allein die Reduction der geschuldeten Handlung auf Geld löst die Obligation vom Individuum als natürlicher Erscheinung, und in dem Uebergange der Schuld auf den Erben vollendet sich dieser Karakter der civilistischen Absolutheit.

Auch das, was wir Familienrecht nennen und als solches mit genossenschaftlichem Wesen verwachsen denken, haben die Römer unter denselben privatrechtlichen und absoluten Gesichtspunkt gebracht. Im reinen Römerrecht war das Familienverhältniß ein einseitiges Gewaltrecht des *paterfamilias* über Kinder, Gattin, Clienten, Freigelassene, Sklaven (*jure naturali*). Die *familia* war seine Pertinenz, ein Theil seines Vermögens. Dieses Gewaltrecht bildete den systematischen Uebergang zu dem Repräsentationsrecht des Erben, welches dieser durch die Universalsuccession erwarb.

V.

Die drei Tafeln des Römischen Rechtssystems.

I. Tafel:

[*Persona*]

(Zu § 353-356)

Jus commune (*s. privatorum*).	*Jus militiae* (*s. militum*).
I. Aeltere Trias:	I. Aeltere Trias:
1. *Cives.*	1. *Praetoriani.*
2. *Latini* (*quasi coloniarii*).	2. *Milites* (*legionarii*).
3. *Latini Juniani.*	3. *Officiales quasi castrenses.*
II. Jüngere Trias:	II. Jüngere Trias:
1. *Senatorii.*	1. *Veterani.*
2. *Cives.*	2. *Milites* (*castrenses et quasi castrenses*).
3. *Coloni.*	3. *Laeti.*

Nachdem seit dem letzten Jahrhundert der Republik die Latinität künstlich auf viele Gemeinden und ganze Länderstriche ausgedehnt wurde, bildeten *Latini* im 2. Jahrhundert der Kaiserzeit geradezu die eigentliche Masse der Reichsbevölkerung und das Niveau des Incolats; *Cives* waren die über das Niveau erhabenen, *Latini Juniani* die an dasselbe nicht hinanreichenden, die unterste Stufe der Reichsbürger darstellenden* Einwohner. Die letzteren können daher mit den Halbsoldaten verglichen werden, deren Dienst auch als *militia* aufgefaßt, deren Recht aber nur nach Analogie des eigentlichen Militärrechts als *jus quasi castrense* betrachtet wurde. Die Hauptmasse des Militärstandes bildeten die einfachen (aber wirklichen) *milites*, während die Prätorianer und dann namentlich die Veteranen einen ausgezeichneten Rangkreis darstellten. Auch geschichtlich gehörten die *Cives* und *veterani* insofern zusammen oder neben einander, als alle neueren Bürgercolonien (*cives*) in den Provinzen aus Veteranen gebildet wurden. — Jene Civiltrias verkümmerte allmählich, indem der oberste Kreis (*Cives*) die übrigen gleichsam absorbirte, und so sich eine Nivellirung herausstellte, welche durch Caracalla vollendet wurde. Seitdem traten die Rangclasse des Senatorenstandes und die niedere Stufe der *Coloni glebae adscripti* deutlicher hervor, gleichsam als Nimbus und als Folie der Civität; das Seitenstück dieser *Coloni* bildeten die *Laeti*.** In demselben Maße aber, als jene ältere Trias verkümmerte, verstärkte und belebte sich die Militärtrias, denn immer entschiedener arbeitete sich der Veteranenstand zu einer ausgezeichneten Reichsclasse empor, und immer deutlicher ward der militärische Karakter des kaiserlichen Beamtenheers ausgeprägt.

II. Tafel:

[*Res*]

(Zu § 357-359)

Allgemeiner Theil.

I. Personae (Rechtssphären).
II. Res (Rechtsverhältnisse).
III. Actiones (Rechtsmittel).

Besonderer Theil.

I. Singularrechte.	II. Universalrechte.
1. Körperliche Welt der Sachenrechte: *proprietas, servitus, hypotheca.*	1. Häusliche Vermögensgewalten: *potestas, manus, mancipii causa.*
2. Unkörperliche Welt der Schuldrechte: *obligationes ex contractu, delicto et ex variis causarum figuris.*	2. Künstliche Vermögensgewalten: *patronatus, manus fiduciaria, hereditas.*

In dieser durch die Rechtsobjecte gegebenen Systementfaltung spricht sich die nationale Rechtsanschauung der Römer aus. Die Uni-

*) s. Cursus § 190. 324. **) s. Cursus § 330. a. E. u. Excurse S. 302.

versalrechte stellen sich insofern den Singularrechten zur Seite, als sie gleichfalls auf die Unterscheidung eines körperlichen und unkörperlichen Typus hinauskamen: neben den Sachenrechten standen die mit häuslicher Unterordnung verbundenen Vermögensgewalten (*potestas, manus, mancipii causa*), neben den Schuldrechten aber das Patronat, die *fiduciaria manus et mancipii causa*, sowie die *hereditas*. — Das Gebiet der häuslichen Vermögensgewalten hat seit den letzten Jahrhunderten der Republik allmähliche Einschränkung erfahren, in demselben Maße, als die Bedeutung der Sachenrechte zurücktrat hinter den immer wichtiger werdenden Schuldrechten; insbesondere ging die tutelare *vis ac potestas* theils in das Obligationenrecht, theils in die *fiduciaria manus* über, und der *manus matrimonialis* nahm das *liberum matrimonium* einen Theil ihres Bereichs; so blieben vorzüglich stehen nur die *potestas*, der *patronatus* und die *hereditas*.

III. Tafel:

[*Actio*]

(Zu § 360)

Dogmen.	Quellen.
I. Jus civile.	*1. Jus strictum ac solenne.*
II. Jus honorarium s. praetorium.	*2. Jus gentium, bonum et aequum.*
III. Jus extraordinarium s. novum.	*3. Jus naturale.*

Bis ins 3. Jahrhundert v. Chr. herrscht das streng nationale Rechtsbewußtseyn (*jus strictum ac solenne*) ausschließlich; seitdem beginnt das Einströmen des *jus gentium* in das *jus civile*, in das Edict und endlich auch in das kaiserliche Rechtssystem; im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit zeigen sich die Anfänge des *jus naturale*. Wie das *jus civile* neben dem *jus strictum* allmählich Elemente des *jus gentium* und *jus naturale*, so haben dann das *jus honorarium* und *extraordinarium* neben dem *jus gentium* Elemente des *jus naturale* in sich aufgenommen. Auf diese Weise vertheilen sich die geschichtlich auftretenden Elemente 1. 2. 3. unter die stehen gebliebenen Systemskreise I. II. III., und das classische Recht formirt eine concentrische Figur, dessen innersten Kreis das *jus civile* und dessen äußersten Kreis das *jus novum* darstellt. Das *jus strictum* bildet den Grundstock des *jus civile*, das *jus gentium* den des *jus honorarium*, das *jus naturale* den des *jus novum*.

Beide Reihen gehören in den Umkreis des positiven Rechts der Römer, und stellen also das *jus proprium Romanorum* her im Gegensatz des *jus peregrinorum* (*s. merum jus gentium**) und des bloß idealen Naturrechts.

Im Civilproceß, d. h. im praktischen Spiegel, tritt vorzugsweise die dogmatische (*fr. 10. D. de V. S.*), in der Jurisprudenz, d. h. im theoretischen Spiegel, die genetische Unterscheidung hervor (*fr. 5. pr. D. de pignor. 20, 1; fr. 1. § 1. D. de nov. 46, 2*). Beides zusammen macht den Römerspiegel.

*) s. Cursus § 183.

Erster Abschnitt.

Die Elemente der Privatpersönlichkeit.

(Rechtssphären.)

II. Kapitel.

I. Die Persönlichkeit der Individuen.

A. Natürliche Voraussetzungen.

I.

Die unmittelbaren Rechte der Person.

Zu § **362**] Was für die Körperschaft der Kreis der Verfassungsrechte, das ist für die individuelle Person der Kreis der Urrechte oder, wie sie auch genannt werden, der angebornen oder absoluten Rechte.* Sie entstehen für die Person ohne Vermittlung einer besonderen Thatsache als zeitlichen Erwerbsgrundes, indem sie durch die Urthatsache der Personexistenz von selbst und ursprünglich gesetzt sind: aus diesem Grunde können sie unmittelbare Rechte der Person genannt werden. Der Kreis dieser Rechte, welchen der Mensch gleichsam mit auf die Welt bringt, kann durch positive Satzungen eingeengt und dann auch wieder erweitert werden, und es kann manches auf der bisherigen Stufe des Rechtsbewußtseyns latente Urrecht auftauchen und zur ausdrücklichen Anerkennung gelangen: dennoch tragen sie ihrem Wesen nach den Karakter der Ueberzeitlichkeit, d. h. sie verhalten sich innerlich indifferent zu der zeitlichen Stellung und Bewegung der Person, woher es kommt, daß die Gesetzgebung sich in Betreff solcher Rechte die Zurückdatirung eines neuen Gesetzes erlauben darf, während Gesetze, die auf mittelbare (erwerbliche oder wohlerworbene, hypothetische) Rechte gehen, nicht auf frühere Thatsachen zurückbeziehbar sind. Vergl. Schilling Lehrb. f. Instit. u. Gesch. I. § 14. Lassalle System d. erworb. Rechte, Bd. I.

Das System der unmittelbaren Rechte gehört in das Privatrecht, ist aber in den Lehrbüchern des positiven (bez. Römischen) Privatrechts bisher unverzeihlich vernachlässigt worden. Leib, Seele und Eigenname bilden die drei Hauptstücke des Gebiets dieser Rechte. Es ist wichtig festzustellen, welche Herrschaft die Person über sich selbst, d. h. zunächst über ihren creatürlichen Bestand, über Leib und Seele auszuüben hat, und inwiefern dieselbe vom positiven Recht direct oder

---

*) Vergl. Excurse S. 12.

indirect anerkannt ist. Hat der Mensch Freiheit der Tracht und des Aufenthalts, des Berufs und des Benehmens? Kann er thun und lassen was er will, Wachen und Schlafen, Arbeit und Erholung einrichten nach seinem Belieben? Kann er durch Vertrag oder auf andere Weise seine natürliche Freiheit belasten und einschränken, durch Unterordnung unter fremde Autorität und sonstige Bindung an fremden Willen (Ehe, Adoption, Gesinde- und Lehrcontract u. s. w.)? Und welche Stellung nimmt das Attribut des Eigennamens ein, welches ein künstliches und doch beinahe natürliches, weil unumgängliches, Attribut ist? Dasselbe bildet gleichsam den Uebergang zu den Momenten der gattungsmäßigen Verbindung (Verwandtschaft und Ehe) und der Ehre, in welchen noch der Stand der Privatpersönlichkeit festgehalten, aber dieser doch eine gewisse sociale Ausstattung zufließend gedacht wird.*

Der Eigenname ist zunächst Ausdruck der Identität des Handelnden, also der alle einzelnen Willensäußerungen durchwaltenden Macht (*numen*), und bezeichnet namentlich die Identität des Subjects gegenüber der Mannichfaltigkeit seines Gebiets und dem Wechsel seiner Herrschaftsobjecte (Anwendung: *fundus Cornelianus, Sempronianus*); dann aber erhält er von selbst, im Zusammenhange der socialen Stellung der Person, die Bedeutung, daß die bestimmte Person durch ihn als Individuum aus der Gattung gesondert und an ihm erkannt wird (*noscere, noscimen,* wie *specimen!*). Indem der Name so als sociales Unterscheidungszeichen fungirt, ergibt sich der Ansatz von Familien- und Geschlechtsnamen. Zuerst wird das Geschlecht, in diesem wieder die einzelne Familie ausgesondert, und insofern das Individuum immer zugleich Geschlechts- und Familiengenosse ist, und durch diese Angehörigkeit auch für entferntere Lebenskreise und unter allgemeineren Gesichtspunkten signalisirt wird, gestaltet sich die Eigenbenamung zu einem Namensystem, welches im Römischen Patricierstande und analog dann auch in den anderen Ständen (s. Mommsen Röm. Forsch. Berl. 1864. S. 27ff.) auf ausgezeichnete Weise entwickelt war. Aber eben wegen dieses Zusammenhangs mit *Gens* und *Familia* hat das *Nomen* im älteren Römerrecht keine selbständige Rolle als privatrechtliches Moment gespielt. Später trat der privatrechtliche Gesichtspunkt entschiedener hervor, und es scheint, daß dann das Princip vollkommner Wahlfreiheit anerkannt wurde, wie es endlich in einer Constitution Diocletian's unmittelbar ausgesprochen vorliegt: *libera est privatis nominis impositio et mutatio secundum ea, quae saepe statuta sunt.* (*l. un. C. de mut. nominis 9, 25*). Daß heutzutage in unserem Rechtsleben diese Freiheit der Namenwahl durch publicistische Einrichtungen und deutsches Herkommen wesentlich beschränkt sei, zeigt Hermann im Arch. f. civ. Prax. Bd. 45. (1862) S. 164ff.

---

*) s. unten Kap. IV. u. V.

II.

Abnormitäten der Geburt.

Zu § **364**] Förster, die Mißbildungen des Menschen, systematisch dargestellt (Jena 1861) läßt sämmtliche Mißbildungen in drei Abtheilungen zerfallen: 1) Mißbildungen, welche darin bestehen, daß die Bildung über das gewöhnliche Maß der Größe und Zahl hinausgeht und daher größere oder kleinere Abtheilungen des Körpers oder der ganze Körper übergroß oder überzählig gebildet sind. Es ist dies Bischoff's 2. Classe: „Mißbildungen, die etwas mehr besitzen, als ihnen der Idee ihrer Gattung nach zukommt". 2) Mißbildungen, welche dadurch karakterisirt sind, daß die Bildung defect oder unvollständig ist, so daß größere oder kleinere Abtheilungen des Körpers fehlen oder verkümmert oder abnorm klein sind. Es ist dies Bischoff's 1. Classe: „Mißbildungen, denen zur Realisation der Idee ihrer Gattung etwas fehlt". 3) Mißbildungen der Art, daß die Umbildung der Keimanlage oder der ersten embryonalen Form in die reifere fötale Form in abnormer Weise vor sich geht, so daß die Theile eine qualitativ andere Beschaffenheit erhalten, während eine Veränderung der quantitativen Verhältnisse nicht stattfindet oder wenigstens hinter jenen zurücktritt. Es ist dies Bischoff's 3. Classe: „Mißbildungen, deren Organisation der Idee ihrer Gattung nicht entspricht, ohne daß ihnen hierzu etwas fehlte oder sie etwas zu viel besäßen." — In der Hauptsache entsprechen die ersten 2 Classen quantitativer Abnormität dem Begriffe des *portentum*, die Classe der qualitativen Abnormität dem Begriffe des *monstrum*.

Ob im einzelnen Falle bloße Mißgestalt oder förmliche Ausartung sei, ist manchmal schwer zu entscheiden. Am nächsten liegt es, die menschliche Bildung des Kopfes als ausschlaggebend anzunehmen, weil in diesem Hauptgliede der Sitz der Regierung der geistigen Thätigkeit ist; mit Unrecht hat man sich dafür auf eine in ganz anderen Zusammenhang gehörige Aeußerung des Paulus berufen: *Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia una sepultura plura sepulcra efficere non potest; mihi autem videtur, illum religiosum esse, ubi, quod est principale, conditum est, id est caput, cujus imago sit, unde cognoscimur (fr. 44. D. de relig. 11, 7);* eher läßt sich dafür geltend machen, daß die Römer den Begriff der Persönlichkeit mit *caput* (Individuum) und *persona* (Physiognomie) ausdrückten, durch jenes das Moment der Einheit und Identität, durch dieses das der Unterscheidung und Erkennung andeutend: beide Ausdrücke, sowohl der sinnliche als der künstliche, zeigen an, daß das Haupt das Entscheidende für die Frage der berechtigten Individualität und individuellen Berechtigung seyn müsse.

III.

Die drei Vitalfictionen des Römerrechts.

Zu § **366**] Es gehört zum idealistischen Grundzug des Römerrechts,* daß es nicht einfach und schlechthin den natürlichen Umfang der menschlichen Lebensgrenzen für die Persönlichkeit hinnimmt, sondern sie theils zusammenzieht, theils ausdehnt. Drei Fictionen beziehen sich auf diese Eigenheit (s. Kuntze die Oblig. und Singularsucc. S. 379); die Verkürzungsfiction ist die älteste und beruht auf der Nationalanschauung, daß der in feindliche Gewalt gerathende Römer, welcher nach dem auch vom *jus civile* respectirten *jus gentium* als der Sklaverei verfallen galt, *quasi in orco* sich befand, denn *servitus mortalitati comparatur* (*fr. 32. § 6. D. de don. i. v. et ux. 24, 1; fr. 59. § 2. D. de condit. 35, 1* und *fr. 209. D. de R. J.*). Gesetzlichen Ausdruck fand diese Anschauung zuerst in einer *lex Cornelia* (81 v. Chr.?), und das Dogma ward danach *fictio legis Corneliae* genannt. Dieselbe scheint nach Paulus zunächst nur in beschränktem Sinn, nämlich zur Aufrechthaltung der Erbfolge und Vormundsernennung, aufgestellt gewesen zu seyn: *valet testamentum id, quod ante captivitatem factum est, si ibidem decedat, beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitimae tutelae hereditatesque firmantur — fictio legis Corneliae et hereditatem et heredem facit* (*Paul. S. R. III, 4 A. § 8; fr. 18. pr. D. ad leg. Falc. 35, 2*). Diese Fiction ward dann so weit ausgedehnt, daß Ulpian sagen konnte: *In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est* (*fr. 18. D. de captiv. 49, 15*), und *nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat* (*fr. 6. § 1. D. de inj. test. 28, 3*). Aus *fr. 22. D. de captiv.* (welche die Hauptstelle über die Fiction ist) *jct. fr. 15. pr. D. de usurp.* (*41, 3*) und *fr. 12. D. qui test. fac. poss.* (*28, 1*) ist zu vermuthen, daß Julian es war, welcher diese Fiction vorzüglich ausbildete — Gaius (1, 129) mit seinem Zweifel hinkt auch hier, wie so manchmal, hinterdrein —, und daß er dies im Zusammenhange mit der *fictio defuncti superstitis* that.

Diese (und mit ihr die Schwesterfiction des *nasciturus superstes*) kann mithin das Tochterdogma jener aus der Zeit der Republik datirenden Fiction genannt werden, und auch sie beruht auf Römischer Nationalanschauung, nämlich auf der Idee des Fortwaltens des Willens der Ahnen in ihrem Haus und ihrer Nachkommenschaft (*ex prole diuturnitatis memoria in aevum relicta: fr. 220. § 3. D. de V. S.*). Nach langem Schwanken der Doctrin ward dieses Dogma, ebenso wie der nahe verwandte Gedanke vom Fortdauern der *obligatio naturalis* im Falle der *consumtio per litiscontestationem,*** gleichfalls durch Julian's Autorität festgestellt, wie wir von Ulpian erfahren: *Quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires consumit, ut Juliano placet: cujus et valuit sententia, testantis personam*

*) s. Excurse S. 351 ff. **) s. Excurse S. 327.

spectandam esse opinantis. Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est" (*fr. 33. § ult. fr. 34. D. de acq. dom. 41, 1*). Auch hier war Gaius (*fr. 55. § 1. D. de leg. II.*) hinter der neuesten Entwicklung zurück (s. Ihering Abh. a. d. R. R. 1844. S. 206).

Es ist klar, daß, nachdem die *fictio legis Corneliae* verallgemeinert, und die *fictio defuncti superstitis* festgestellt war, auch die Schwierigkeit einer Anticipation des persönlichen Lebensbeginns überwindlich erscheinen mußte, sobald ein Interesse ersichtlich war, den *favor embryonis* auszubilden. Im Edict war für die werdende Person (*spes nascendi: fr. 1. D. de ventre 37, 9*) schon mannichfach gesorgt, und nachdem auch Celsus, obwohl vorsichtig, ausgesprochen hatte „*conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*" (*fr. 7. D. de suis 38, 16*), konnte es Julian, dem Edictsordner, nicht schwer fallen, auch hier die entsprechende Fiction zum allgemeinen Dogma zu erheben; er that es mit den Worten: *Qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelliguntur in rerum natura esse; nam et legitimae hereditates his restituuntur, et si praegnans mulier ab hostibus capta sit, id, quod natum erit, postliminium habet* (*fr. 26. D. de statu hom. 1, 5*). Daß zu dieser Fiction zuerst der Prätor den Anstoß gegeben hatte, finden wir von Ulpian angedeutet: ... *ut in omnibus partibus edicti pro superstite habeatur is, qui in utero est* (*fr. 7. pr. D. de ventre 37, 9*), und wahrscheinlich wurde Julian Angesichts der *libri IV singulares* zu jener Verallgemeinerung geführt.

Es macht uns jenes *fr. 26 cit.* auf das praktische Ineinanderspielen der Fiction und des *jus postliminii* aufmerksam: gleichwie auf dem hartkantigen Stahl des Concurses alle Rechtsfragen geschärft werden, so spitzen sie sich auch im Falle des *jus postliminii* zu, und gerade im 2. und 3. Jahrhundert mochte dieses *jus postliminii* unter dem Andrange der Germanen und Gothen (s. Ulp. nebst Javolen in *fr. 24. 27. D. de captiv. 49, 15*) neue Wichtigkeit gewinnen. Wie Julian der Vater jener Fictionenfamilie genannt werden kann, scheint Tryphonin* den Typus der juristischen Schlummer- oder Pendenzzustände (*similitudines postliminii*) besonders entfaltet zu haben (*fr. 28. D. de lib. inst. 28, 2; fr. 50. i. f. D. de jure fisci 49, 14; fr. 12. D. de captiv. 49, 15; fr. 19. § 3. D. de castr. pec. 49, 17;* dazu Ulp. in *fr. 1. § 7. D. ad Sct. Tert. 38, 17*). Uebrigens ist der casuistische Zusammenhang jener Fictionen mit diesen Pendenzverhältnissen keineswegs auch als eine civilistische Verwandtschaft zu verstehen, denn so wenig das Schweben und die Erfüllung einer Bedingung Fiction ist, so wenig ist die Retrotraction des Erbantritts identisch mit jener Fiction des *defunctus superstes* (v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. 1852. I. S. 51), oder kann — wie Hase d. *jus postliminii* 1851. S. 5. und v. Scheurl a. a. O. S. 28 es thun — das *postliminium* eine Fiction genannt werden.

---

*) s. Excurse S. 312.

III. Kapitel.

B. Juristische Voraussetzungen.

I.

Ueber *caput, status* und *capitis diminutio*.*

Zu § **367**] Die juristische Terminologie der Römer ist nicht überreich an sinnlichen Ausdrücken (vergl. Kuntze, der Wendepunkt der Rechtswissensch. 1856. S. 74. 75), denn die Reflexion zersetzte frühzeitig das Körperhafte der Anschauung; um so tiefer ins Alterthum lassen uns die geringen Reste, welche geblieben sind, blicken. Solche Reste einer kindlich-sinnlichen Anschauung sind die Worte *caput*** und *manus*,† welche Centrum und Peripherie, den Herrscher und seinen Bereich, Ausgangspunkt und Umkreis des Handelns, also Person und Vermögensgebiet auszudrücken scheinen. Scheint *manus* den Umkreis der privaten *vis ac potestas* anzugeben, so führt uns *caput* auf die genossenschaftliche Stellung der Person zurück, und darum, wenn man gewagt hat, in der *manus* die Urform der plebijischen Privatsphäre zu suchen, so darf sich daneben recht wohl die Vermuthung hören lassen, daß *caput* ursprünglich die sacral-gentilicische Stellung des Patriciers bezeichnete. *Caput* überhaupt ist ein Individuum (Stück, *corpus, forma*) als Theil einer nach Köpfen berechneten gemeinheitlichen Menge (*universitas ex distantibus constans et uni nomini subjecta: fr. 30. pr. D. de usurp. 41, 3*): so wird *caput* namentlich von den eine organische Einheit bildenden Stücken einer Heerde (*fr. 70. § 3. D. de usufr. 7, 1*), desgleichen von den Genossen eines menschlichen Gemeinwesens gesagt, und in diesem Sinn werden von Pomponius und Paulus (in *fr. 30. cit.* und *fr. 23. § 5. D. de rei vind. 6, 1*) *populus*, *legio* und *grex*, *homines* und *oves* zusammengestellt. Das erinnert an die Zeit des Hirtenthums — gleich jener Ureheformel: *ubi tu Gaius, ibi ego Gaia* — und mithin an die Vorzeit der patricischen Urgemeinde mit ihrem ποιμὴν λαῶν.†† Da bedeutete *caput* die Stellung im Gemeinwesen und die Rechtspersönlichkeit überhaupt, wonach durch das Genossenthum das Recht jedes Einzelnen bedingt und bestimmt war. So hatte ein *caput* jeder Genosse, welcher im Gemeinwesen mitzählte und es mit bilden half; in diesem Sinn steht es noch in der alten Tuteldefinition: *vis ac potestas in capite libero* (*fr. 1. D. de tut. 26, 1*), sowie in der gleichfalls wohl überlieferten Definition der *datio in arrogationem* als ein *cum capite fortunas suas in familiam et domum alienam transferri* (*fr. 11. § 2. D. de B. P. s. t. 37, 11*); auch der Client und später der Plebejer zählte mit und war rechtlich keineswegs *nullus*; noch später wird, wie von Böc-

---

*) s. Excurse S. 81. 82. und über die Form *diminutio* (statt *deminutio*) s. Böcking Pand.-Institut. I. § 58. Anm. 10.

**) s. Cursus § 88. †) s. Cursus § 89 u. Excurse S. 91. 131. ††) s. Cursus § 56. 60.

king Pandekten-Institut. I. 2. Aufl. § 58. Anm. 7 bemerkt ist, weder vom Latinen noch Peregrinen geradezu gesagt, daß er kein *caput* habe (sei). Hiernach muß es im ältesten Rom drei Stufen der Rechtsverkürzung gegeben haben: die geringste, welche den Römer der patricischen Herrenstandschaft verlustig machte — durch *emancipatio* (Verstoßung), *exheredatio* (*licet exheredare, quos et occidere: fr. 11. D. de lib. inst. 28, 2*), *transitio in plebem?* vergl. Th. Mommsen Röm. Forschungen. 2. Aufl. S. 77. —, die mittlere, welche der Civität beraubte, endlich die äußerste, welche den Römer zum Sklaven degradirte. Diese Trias entspricht der alten Rechtsgliederung und zeigt uns, wenn wir in ihr die Urform der drei *capitis diminutiones* annehmen, eine völlige Harmonie der Begriffe. Wenn *caput* den Platz in der Bürgerrolle oder im censorischen Register bedeutete (*Heineccius Antiqu. Rom. synt. I, 16. § 1*), war die Streichung oder Löschung des Namens die *capitis diminutio* überhaupt. Insofern aber die Sklaverei dem Tod oder Orcus gleich galt — denn erst später ward rechtlich anerkannt, daß Sklaven *jure naturali* nicht *nulli* seien: *fr. 32. D. de R. J.* und von *persona servi* oder *servile caput* gesprochen: *Gai. 1, 123; fr. 3. § 1. fr. 7. § 1. D. de cap. min. (4, 5)* —, ward vorerst die *cap. dim. maxima* dem Untergange gleich geachtet; doch auch die *cap. dim. media* und selbst *minima* mußte in alter Zeit, wo nur der patricische Bürger sich als Vollperson ansah, wie ein Untergang angesehen werden, und die Worte *capitis diminutio* drücken in der That diesen Gedanken mit sinnlicher Unmittelbarkeit aus (*similitudo mortis: fr. 29. § 5. D. de lib. inst. 28, 2;* dazu vergl. v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. S. 238. 242. 257).

Allein mit Wegfall der alten Clienten, mit Ausgleichung der patricischen und plebejischen Standesrechte, endlich mit völliger Auflösung der alten Gentilverbände (in dem ersten Jahrh. der Kaiserzeit) konnte die *cap. dim. min.* nichts mehr von ihrer alten Bedeutung behalten und selbst die Erinnerung davon ging verloren (s. Puchta Cursus II. § 219). Es lag nahe, um die Trias aufrecht zu halten, daß der publicistischen Idee der *gens* die civilistische der *familia* substituirt wurde: freilich erhielt damit diese niedrigste Stufe der *cap. dim.* einen den oberen Stufen nicht correspondirenden Sinn, allein die Röm. Juristen setzten sich darüber mit gewohnter Naivität hinweg: ihr Tact bewahrte sie vor falschen Consequenzen, und so erklärten sie denn unangefochten, die *min. cap. dim.* sei keine *diminutio*, sondern nur eine mutatio.

Weniger sinnlich und mehr abstract, als *caput*, ist das Wort *status;* Gaius, Ulpian und Paulus nennen die *min. cap. dim.* eine *„status mutatio"*, und danach ist von Böcking (a. a. a. Anm. 1 u. § 31. S. 138) behauptet worden, daß *„status"* nicht technisch von *libertas* oder *civitas* gesagt werde. Das ist nicht richtig, denn Ulp. in *fr. 12. D. ex quib. c. maj. (4, 6)* u. *fr. 1. § 8. D. ad Sct. Tert. (38, 17)* versteht unter *status* die *libertas* und *civitas*, in *fr. 20. D. de statu hom. (1, 5)* verbindet

---

*) s. Cursus § 56. 60.

er offenbar *status* mit Civitätsrechten, Modest. in *fr. 21. eod.* bezieht *status* in erster Linie auf die *libertas*, und wenn auch Paul. in *fr. 14. D. qui test. fac. poss.* (*28,1*) zunächst nur an *familia* denkt, spricht doch Ulpian in dem folg. *fr.* offenbar allgemein. Dazu vergl. *Gai. 1 § 89* („*statum sumere*"), *§ 159* und in *fr. 1. D. de cap. min.* (*4,4*) und *pr. J. de cap. min.* (*1,16*), sodann den Ausdruck *ingenuitatis status* bei Scaevola in *fr. 3. D. de jure anul.* (*40,10*) und Paul. V,1. § 1. Es steht sonach der Annahme nichts entgegen, daß das Wort *status* die stufenweisen Elemente der Rechtspersönlichkeit ausdrückt und gleichsam die reflectirte Zerlegung (Analyse) des *caput* enthält. Jenes Wort war besonders geeignet, nach der jetzigen Umgestaltung der Scala das Gesammtbild derselben zu geben, denn auch die *capitis dim. minim.* obwohl sie eigentlich keine Verkürzung der Persönlichkeit (im Ganzen) mehr war, konnte doch als eine den *status* treffende Thatsache gelten, ja es mag seyn, daß eben aus diesem Grunde bei „*status*" vorzugsweise an die Familienstandschaft gedacht wurde. Daneben mag zugegeben werden, daß das Wort *caput* jetzt vorzugsweise nur von den Elementen der *libertas* und *civitas* gebraucht wurde — denn Pomp. sagt in *fr. 63. § 10. D. pr. soc.* (*17,2*): *intereunt homines maxima aut media cap. diminutione, aut morte* (*jct. Gai. 3,153*), und Modest. in *fr. 103. D. de V. S.*: *appellatio „capitalis" mortis vel amissionis civitatis intelligenda est* (dazu *fr. 131 eod.* und Callistr. in *fr. 28. § 1. D. de poen. 48,19*).*

Oben sind wegen ihrer sinnlichen Anlage *caput* und *manus* zusammen genannt und gesagt worden, daß *status* (Stehen, Stellung!) den Uebergang zur Abstraction zeige: wir können hinzufügen, daß *status* sich zu *caput* etwa so verhält, wie *potestas* zu *manus* (vergl. Ihering Geist d. R. R. II. S. 168). *Status* und *potestas* sind historisch und begrifflich parallele Rechtstypen. Den drei *status* (*libertas, civitas, familia*) entsprechen die drei *potestates: dominica, publica* und *familiaris* (*patria potestas, manus, mancipium*); vergl. Paul. in *fr. 215. D. de V. S.* — Die Abstraction ist die Schwester der Reflexion, und Reflexion liebt zu analysiren, darum wie *potestas* gleichsam die entfaltete, analysirte und differenzirte *manus* ist, so *status* das analysirte *caput*.

II.

Der Statusbegriff des *Usus modernus*.

Zu § **369**] In einem anderen, vom strengen Begriff des Röm. Rechts weit abweichenden Sinn wird *Status* in der Schule des *Usus modernus* verstanden, indem darunter alle natürlichen und rechtlichen Eigenschaften und Zustände, welche von Einfluß auf die Handlungs- und Dispositionsfähigkeit der Person sind, begriffen werden. Unter diesen finden sich die *status libertatis, civitatis* und *familiae* mit aufgezählt, allein auch viele andere Zustände, deren Einfluß die Persönlich-

*) Vergl. unten den Excurs zu Kap. V.

keit nicht im Ganzen, sondern nur in ihrer Thätigkeit und im Bezug zu einzelnen Arten von Rechtsverhältnissen treffen, und daher von uns erst da zu berühren sind, wo die Person als Subject einzelner Rechtsverhältnisse in Betracht kommen wird (s. Kap. VIII). Vergl. Höpfner Commentar d. Instit. (*ed. 8*) § 62. Glück Erläut. d. Pand. Thl. II. S. 52 —9. Mühlenbruch Lehrb. d. Pand.-R. I. § 182. Letzterer gibt folgende Classification: Die Neueren theilen den Status ein in 1) *naturalis*, d. h. die physischen Gründe der Rechtsfähigkeit und rechtlicher Verschiedenheiten, wozu die *status humanitatis* (*monstrum!*), *nativitatis* (*embryo*), *aetatis* (*impubes!*), *sexus* (*femina!*), *integritatis* (*sanitas*, *morbus*, *vitium!*) gehören; 2) *civilis*, welcher wieder entweder a) *publicus* ist, die *status principales: libertas* und *civitas*, und *minus principalis: existimatio*, *religio*, *ordo* begreifend, oder b) *privatus*: *familia*.

Für *Status* in diesem Sinn läßt sich nur etwa anführen, daß schon in den Quellen dieses Wort zuweilen in anderem freierem Sinn, u. A. auch mit Bezug auf die *existimatio* (*dignitatis status*) gesagt wird.*

III.

Die Sklaverei im Römischen System.

Zu § 373] Es gehört zu den interessantesten Betrachtungen, zu sehen, wie das Institut der Sklaverei im Röm. Recht verarbeitet worden ist. Sie bildet die Folie der berechtigten Persönlichkeit und leistet gleichsam die Dienste des Schattens im Licht- und Farbenglanz der Röm. Rechtswelt; sie bildet die Brücke vom Thierreich zur Menschheit, aber wie in der Hellenischen Phantasie die Centauren immer mehr vermenschlicht und veredelt wurden, so gelangten auch die Sklaven in der Röm. Rechtsanschauung zu einer höheren rechtlichen Anerkennung. Von dem Gedanken aus, daß die *mancipia* eigentlich *manu capti* (*captivi ex bello*), die *servi servati* und so in die Bevölkerung des Territoriums Auf- und Angenommene seien, arbeitete sich endlich der Gedanke, daß das Wesen der Sklaven dem der Herren gleichartig sei, zu der Gestalt heraus, daß ihre Persönlichkeit nicht vernichtet, nur unterdrückt sei, daß sie embryonisch fortlebe, daß sie unter dem Einflusse des Herrnwillens (*potestas*) wirksam, nämlich zum Besten des Herrn thätig, ja daß sie durch den Willen desselben entbunden, d. h. zur vollen Person, und sogar durch Geschenk des Princeps so völlig rehabilitirt werden könne, daß sie der Persönlichkeit eines Ingenuus gleichsteht.

Dies Alles wird in dem Satze zusammengefaßt, daß *jure naturali* alle Menschen frei und gleich seien.** Mit diesem Satze war anerkannt, daß im Hintergrunde der historischen Perspective, wie der systematischen Reflexion ein Element ursprünglicher Rechtsideen verborgen sei, welches von der Humanität gefordert werde und von der Theorie

---

*) s. unten Excurse S. 380. 381.   **) s. Cursus § 328.

zu entfalten und aufzuklären sei. Ulpian hat dieses Element *jus naturale* genannt, und, es scharf vom *jus gentium* unterscheidend, eine dreigliedrige Eintheilung der *jus privatum* aufgestellt, welche von v. Savigny System d. R. R. I. S. 418. 420 als „eine unschuldige Speculation" und „eine Curiosität" bezeichnet worden ist. Dies ist ein in die Augen springender Irrthum, denn mit Beseitigung dieser Eintheilung fällt ein ganzes System rechtlicher Typen in Splitter. Nach altnationaler Anschauung war die Sklaverei nicht bloß eine Folie, sondern auch der Keim der vollkräftigen Persönlichkeit. Dieser Keim lag geborgen in der Einrichtung der Manumission, die immer, gewissermaßen bloß erweckend, was schlummernd schon da war, den Sklaven zum Römer erhob (*grande beneficium* von *Servius* genannt: *fr. 1. D. de bon. lib. 38, 2*); der Keim sprosste dann hervor in der Berufung der Sklaven zur Theilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr (zum repräsentativen *commercium*), in der Anknüpfung der *potestas* an das *dominium* und zuletzt am höchsten in der Ausbildung des Handelspeculium (*merx peculiaris*). Es blieb nur Ein großer Schritt noch übrig: die wissenschaftliche Entdeckung jenes sprossenden Keimes; die latente Idee mußte theoretisch offenbar, d. h. zu einem System entwickelt werden, und das erfolgte durch die Jurisprudenz der Kaiserzeit: der Abschluß dieser Entwicklung liegt in der Formulirung des *jus naturale* neben dem *jus gentium*.

An dem inneren Recht und wahren Ernst dieser Danebenstellung dürfen wir nicht dadurch irre werden, daß die heidnischen Römer das *jus naturale* nicht so, wie wir es wünschen mögen, und wie es das Christenthum vermag, zu begründen wußten. Ulpian nimmt zu der Naturordnung der Thierwelt seine Zuflucht, um den allgemeinen Gesichtspunkt zu finden; dieser Gesichtspunkt ist unvollkommen, und doch birgt er ein richtiges Moment: das der Ungestörtheit; gleichwie die Thierwelt sich in ursprünglicher Ungestörtheit der Naturordnung zu bewegen scheint, so hat auch das Menschengeschlecht von Anfang einen Zustand des Friedens und der Unzerrissenheit gehabt, von welchem manche Nachklänge vorhanden und zu wahren sind. Von Anfang hat es keine Sklaverei gegeben (*servitus incognita:* Ulp. in *fr. 4. D. de J. et J. 1, 1*), aber dann *servitus invasit,* und das ist geschehen kraft des *jus gentium* (*dominatio ex jure gentium introducta: Tryph.* in *fr. 64. D. de cond. ind, 12, 6*). Dieses *jus gentium* ist, wie schon der Ausdruck deutlich genug besagt, nicht das Recht der unzertrennten, sondern der zertrennten Menschheit, nicht Menschenrecht, sondern Volksrecht; das *jus gentium* hat die *discretio gentium* (*Hermog. in fr. 5. D. eod.*) zur Voraussetzung, und es liegt in der geschichtlichen Consequenz, daß die *discretio* zur *hostilitas,* und die Feindseligkeit der Völker zur Feindseligkeit und Sklaverei der Individuen führt. So entsteigt die Sklaverei, die dem *jus naturale* entgegen ist, dem Element des *jus gentium,* und beide sind eigenartige Elemente. Es liegt System in der Entwicklung dieses *jus gentium:* die Scheidung geht in Absonderung,

Entfernung, Entfremdung, Entzweiung, Feindseligkeit, zuletzt in Bekriegung über; dann aber gesellt sich zum Krieg die Kriegsgefangenschaft, die für den Besiegten als Rettung eine Wohlthat ist; die Kriegsgefangenschaft befestigt sich weiterhin von selbst zur Sklaverei, und diese führt zu einer Reaction durch das *beneficium manumissionis.* In der *servatio captivi* so gut, wie in der *manumissio* und dann in der *potestas* und der *peculii administratio* reagirt einzeln der stille Trieb des *jus naturale* gegen das *jus gentium,* bis endlich diese Reactionen selbst zu einem System werden, und das *jus naturale* als Dogma auftritt. Wie ist nun das fertige Dogma begründet worden?

Ich nannte schon den unvollkommnen und theilweise verkehrten Begründungs-Versuch Ulpian's; an anderer Stelle aber trifft Ulpian näher an die Wahrheit, indem er mit den Worten: *cum uno naturali nomine homines appellaremur* (*fr. 4. D. eod.*), die natürliche Einheit des ganzen Geschlechts andeutet, denn die Römer erkannten im *nomen* die *res* (*fr. 4. D. de V. S.*). Noch deutlicher drückt Florentin dasselbe Moment in den Worten aus: *inter nos cognationem quandam natura constituit* (*fr. 3. D. eod.*).

Dieser Idee entsprechend arbeitet das Rechtsbewußtseyn der Kaiserzeit von allen Seiten her auf die Erhebung der Sklavenpersönlichkeit hin*: schon *Aristo* stellte den Satz auf, *locum, in quo servus sepultus est, religiosum esse* (*fr. 2. pr. D. de relig. 11, 7*), wodurch die Grabstätte zu einer Pertinenz der Sklavenreliquie erklärt ward nach dem Grundsatze: *naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus, in quem infertur* (Ulp. in *fr. 4. D. eod.*). In den Zusammenhang derselben Idee gehört das *jus extraordinarium* der *latini Juniani,* die ohne solennen Act frei und berechtigt wurden, und der Freiwerdungen, welche ohne jegliche Manumission eintraten.**

Der Rechtsbegriff der Sklaverei ist ein sehr ergiebiger für die Dogmatik. Er bestimmt sich negativ dahin, daß der Sklave keine Rechte (ausgenommen *jure naturali*) haben kann, positiv aber dahin, daß er Object dinglicher Rechte, also Sache im rechtlichen Sinn seyn kann. Nicht ist jeder Sklave an sich Rechtsobject, denn es gibt herrenlose Sklaven, und ein Sklave, welcher Rechtsobject ist, ist dann nicht bloß wie eine unvernünftige Sache Object dinglicher Rechte, sondern zugleich Object einer *potestas.* Es ergibt sich hiernach ein dreifaches Merkmal des Sklavenbegriffs: 1) Negation der eignen Rechtssphäre (nach *jus civile* und *gentium*), 2) Fähigkeit, Object dinglicher Rechte, und 3) Object der *potestas* zu seyn.

Es ist von dogmatischem Interesse, zu verfolgen, mit welcher Feinheit von der Röm. Jurisprudenz diese drei Momente zur Geltung gebracht und in ihren Consequenzen verbunden worden sind; in den Quellen liegt das Institut der Sklaverei mit der ganzen Breite seiner praktischen Bedeutung und in Tausenden von Consequenzen vor, die

*) Vergl. *fr. 9. § 7. D. de pecul.* (15, 1) und Cursus § 362. **) s. Cursus § 376.

auf manche allgemeine Frage, z. B. auf die Frage, ob die Servitut ein Eigenthum zur Voraussetzung habe (s. Ulp. 1, 19), helles Licht werfen; endlich hat die Menschenwürde und die Idee des *jus naturale* an manchem Stück des alten Instituts umgestaltend gewirkt und merkwürdige Rechtssätze gezeugt, wie die *possessio servi fugitivi*, der *partus ancillae* und die Testirfähigkeit der *servi publici* zeigen (vergl. dazu Ihering Geist d. R. R. II. § 32). So bleibt noch heute die Römische Sklaverei ein juristisch werthvoller Typus, und wir müßten ihn kennen und verstehen lernen, auch wenn er uns nicht durch sein Vorkommen auf jeder Seite des *Corpus juris* zu solchem Studium nöthigte.

IV. Kapitel.

C. Gattungsmäßige Beziehungen der Persönlichkeit.

(Zu § 385-395)

I.

Familia.

Zu § **393**] Es gibt in der juristischen Terminologie der Römer, außer *persona, res* und *actio*, kaum ein Wort von so umfassender Bedeutung, wie *familia*. Das Reich dieses *nomen* reicht so weit, als die Welt des Privatrechts, und wie diese Welt sich mannichfach gliedert, so zweigen sich von der Stammbedeutung jenes Wortes allerhand Nebenbedeutungen karakteristisch ab. *Familia* drückt die erhabene Verwandtschaftsstellung des Römers im Kreise der Agnaten aus, und *familia* leistet den niederen Dienst, identisch mit *pecunia* gebraucht zu werden. Alles das erklärt sich aus der Wurzelbedeutung des Wortes.

Familia, von *dha* (setzen, stellen) oder *famus* (das Gesetzte, Wohnstätte, Wohnsitz) ableitbar, ist ursprünglich identisch mit *domus* (*domicilium*) und bedeutet Hausangehörigkeit, d. h. den durch Gemeinsamkeit des Wohnsitzes gegebenen Lebenskreis. Dem entsprechend bezeichnete *famulus* im alten Sinn jeden zum Haus Gehörigen, Freien wie Sklaven (*Fest. v. familia* und Roßbach Untersuch. üb. d. Römische Ehe S. 14. 15. Anm. 42; Ihering Geist d. R. R. II. § 32. Anm. 214; Neuner Wesen und Arten d. Privatrechtsverhältnisse 1866. S. 29). Immer zeigt sich der Gedanke, daß das Haus die Peripherie der Privatsphäre ausdrückt, welche sich gegen die *res publica* abgrenzt. Dieser Gedanke lebt als Grundgedanke in allen Zweigbedeutungen des Wortes fort, welche in *fr. 195. D. de V. S.* zusammengestellt sind; Ulpian sagt da: *familiae appellatio varie accepta est, nam et in res et in personas deducitur.* 1) Die Privatsphäre in ihrer Personalbeziehung correspondirt dem Nationalinstitut der *potestas:* hiernach bedeutet *familia* entweder die unter einem lebenden *paterfamilias* vereinten Angehörigen (sammt ihrem Haupte: *fr. 196. pr. D. eod.*), oder im weiteren Sinn den Verband aller Agnaten; 2) die Privatsphäre in ihrer Vermögens-

beziehung trifft mit dem Begriff des *patrimonium* zusammen; *familia* in diesem Sinn (*res familiaris*) hat ursprünglich wohl den Kreis der *res mancipi* begriffen,* jemehr aber Fungibilien eine Rolle im Vermögensbestand spielten, verschwamm jener Begriff mit dem des Vermögens überhaupt (*bona, res privata*), und *familia* und *pecunia* wurden gleichwerthige Ausdrücke für das Vermögensganze (*universitas bonorum, corpus patrimonii*); so bedeutete *familia* Vermögen, sei es eines Lebenden (Gai. 2, 102) oder (gewöhnlich) eines Verstorbenen (XII Taf.: *uti legassit super familia pecuniave; Cic. de invent. 2, 50 — agnatus proximus familiam habeto, familiae herciscundae actio*), die Juristen stellten auf: *Si quis bona rogatus sit, vel familiam, vel pecuniam rogetur, vel universam rem, vel omnia sua: cogi poterit (hereditatem ex Scto Trebell. restituere); hoc idem, et si patrimonium fuerit rogatus, et si facultates, et si quidquid habeo et si censum meum, et si fortunas meas, et si peculium meum testator dixerit (fr. 14. § 8 — fr. 16. pr. D. ad Sct. Treb. 36, 1)*, und wir erkennen aus dem Eingang dieser hermeneutischen Darlegung, daß noch zu Hermogenian's Zeit *familia* auch für „Vermögen, Nachlaß" gebraucht wurde.

Besondere Begriffsabzweigungen sind es, wenn *familia* 1) in ganz abstractem Sinn, d. h. ohne Rücksicht auf eine Hausgenossenschaft und einen Vermögensbestand, schlechthin die Römische Familienstellung, den *status familiae* einer Person bezeichnet und so identisch mit *nomen patrisfamilias* ist (*fr. 195. § 2. D. de V. S.*); 2) dem Worte *famulus* entsprechend *corpus quoddam servorum*, d. h. eine Mehrheit von mindestens drei zu einem bestimmten Zwecke und im Dienste Eines vereinigten Sklaven bezeichnet (*fr. 195. § 3. eod. jct. fr. 40. § 3. eod.*); 3) im späteren volksthümlichen Sinn alle näheren Angehörigen, auch die Emancipirten umfaßt, sofern es sich um Zuwendung eines Fideicommisses handelt (*fr. 69. § 4. D. de legat. II*).

Reminiscenzen dieses weiten Reichs des Wortes *familia* erhielten sich bis in die Zeiten Justinian's, welcher auf ergangene Anfrage feierlich bestätigte: *familiae nomen tale habere vigorem, parentes et liberos omnesque propinquos et substantiam, libertos etiam et patronos, nec non servos per hanc appellationem significari, et si quis per suum elogium fideicommissum „familiae suae" reliquerit, non solum propinquos, sed etiam, his deficientibus, generum et nurum. In aliis autem casibus nomen familiae pro substantia oportet intelligi, quia et servi et aliae res in patrimonio uniuscujusque esse putantur (l. 5. C. de V. S. 5, 38).* — Vergl. Huschke Studien des Röm. R. I. S. 101—4. Schilling Instit. II. S. 110. Zusatz 1. Böcking Pand.-Instit. I. § 42. Anm. 1. 6. 7.

II.

Verwandtschaftsbild.

Zu § 388] Immer hat sich das Bedürfniß gezeigt, die verwickelten Beziehungen größerer Verwandtenkreise durch sinnliche Darstellung

*) s. Excurse S. 67 ff. 88 ff.

zu veranschaulichen; daß die Entfernungen dabei in mehrere Dimensionen auseinandergehen, ist deutlich genug, aber in welches Bild läßt sich die Verwicklung am besten fassen? Seneca (*de benefic. 3, 28*) erzählt als von einer Sitte ruhmsüchtiger Vornehmer: *imagines in atrio exponunt et nomina familiae suae longo ordine ac multis stemmatum illigata flexuris in parte prima aedium collocant.* Dazu *Plin. H. N. 35, 2,* und Mommsen Röm. Gesch. I. S. 467. Diese durch auf-, nieder- und seitwärts gehende Blumenflechten oder Kranzgewinde verbundene Bildergruppe hieß *stemma cognationis;* von den Römern wurde sie unter dem Bilde einer Treppe oder Terrasse gedacht, denn ihr technischer Ausdruck *gradus* ist davon hergenommen, und Paulus sagt: *gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus* (*fr. 10. § 10. D. de grad. 38, 10*).

Dieses Bild gemahnt an den antiken Baustyl, auch ist es deutlich, aber nicht sinnig, wie das Unzutreffende des *gradus quasi ex gradu nascens* zeigt. Sinniger und dem germanischen Triebe besser entsprechend ist das im canonischen Recht und sonst im Mittelalter herkömmliche Bild eines Baumes (Stammbaumes), welcher in seinen vom Stamme ausstrebenden Verzweigungen unvergleichlich treffend die wachsthümliche Entfaltung eines Verwandtschaftsorganismus darstellt. Böcking Pand.-Inst. I. § 52. (S. 202) und 54 (S. 206).

Neben Terrasse und Eichbaum stellt der Sachsenspiegel ein drittes: die Gestalt des Menschen; er wählt als Verwandtschaftsbild den menschlichen Oberkörper, an welchem er eine Siebenzahl (überhaupt seine Lieblingszahl) von Gelenken oder Gliedern (Sippen) herausbekommt, indem er den Kopf (Vater), den Hals (Sohn), das Schultergelenk (Enkel) als erste Sippzahl, welche zum „Magen" gerechnet wird, den Ellnbogen, die Handwurzel und die drei Glieder des Fingers als die fünf anderen, endlich den Nagel als eine Art siebenter Sippe (immer die 7. Stufe die unvollkommne und gleichsam zerrinnende — wie auch der 7. Heerschild) aufzählt. Homeyer, die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung (Zueignung an v. Savigny, 1860). S. 8.

III.

Der Römische Agnationsverband.

Zu § **393**] Je weiter der Blick zurückdringt in die Vorzeit der Völker, findet er Verengerung der Conubialschranken oder Heirathskreise: man nähert sich dem Ursprungsquell der Gattung, welche von einem Urpaar aus — um so die ganze Entwicklung der Gattung zur eignen That des Menschen zu machen — durch Begattung der nächsten Seitenverwandten sich entfalten mußte, auch darin die Adamitische Urformel (das ist Fleisch von meinem Fleisch!) in unmittelbarer Vollsinnigkeit verwirklichend. Demgemäß fielen von Anfang her die Bänder der Ehe und der Verwandtschaft in Eins, und man könnte geradezu

die Epoche der primitiv-patriarchalen Entwicklung danach bezeichnen, daß innerhalb der Familie („der Freundschaft") gefreit, geehelicht ward: das ist der einfachste Ausdruck der Legitimität und Ebenbürtigkeit; die Gattung erkennt sich zunächst nur innerhalb der Familie, und Weiber anderer Rasse können nur Sklavinnen seyn. Ein erstes Durchbrechen dieser alten Schranke liegt in Genes. 6, 1—4 angedeutet: es erscheint als ein Frevel, und wir sehen noch zu Abraham's Zeit (Genes. 12, 13; 16, 3; 20, 12; 24, 4. 37—40; 28, 2), da es sich um die Neugründung eines besonderen Volkes (Israel) handelte, besonderes Gewicht auf Haltung der Ehe innerhalb engster Verwandtschaft legen.

Nur allmählich vollzieht sich die Scheidung des Ehebandes vom Blutsband, da der Kreis patriarchaler Befangenheit sich nicht mehr selbst genügt, und die erschöpfte Triebkraft des Blutes durch den Reiz des Fremden und Gegensätzlichen künstlich gesteigert werden muß. So durchbricht der Paarungstrieb die Schranke der Bluteinheit und sprengt den Bann der *gens*, hinausblickend in die weiten Räume der Gattung (*genus*), unter die benachbarten Geschlechter und Stämme; es gründet sich ein intermunicipales (internationales) *conubium*, erst enger, dann immer weiter, und jede fortschreitende Erweiterung ist eine Revolution, eine Lebensfrage, ein Fortschritt der Cultur. Dies ist die tiefere Bedeutung des urthümlichen Sabinerinnenraubes und dann des harten Kampfes der Plebs um das *conubium* mit den patricischen Geschlechtern. Die Ehe trägt ein Moment der Freiheit in sich, da sie auf der Möglichkeit freier Wahl beruht; aber anfangs ist auch sie im Naturbann der Bluteinheit gebunden. Der Mensch hat mit der Kraft der Freiheit seine Verhältnisse noch nicht durchdrungen. In der aus dem Geschlechterwesen losgerissenen Plebs aber sehen wir zuerst eine Bürgermenge dieser Freiheit hingegeben, und es ist Rom eigenthümlich, daß es mit dem Siege der Plebs in verhältnißmäßig früher Zeit, d. h. in der Zeit naiver und unerschöpfter Volkskraft, den Standpunkt der Conubialfreiheit erglommen hat. Seit der *lex Canuleja** hat sich das Eheband principiell los und frei gemacht von der Basis der Bluteinheit, fortan ist erfahrungsmäßig festgestellt, daß die Gattung der Menschheit zusammengehalten wird durch zwei Grundbänder, das freie der Ehe und das angeborne der Verwandtschaft; beide Linien gehen nicht mehr parallel, sondern divergiren immer mehr, um sich kreuzweise zu verflechten, und so ist die Bahn betreten, welche das Eheband immer mehr in Gegensatz zum Blutsband stellt und die Menschheit durch Paarung gar nicht Verwandter am besten zu conserviren scheint. Das Band der Zeugung allein würde die Gattung allmählich in lauter kleine Geschlechtskreise isoliren und die Menschheit spalten; die freie Ehe kommt dann ausgleichend zu Hülfe, indem sie Fremdgewordene wieder zusammenführt, Nichtangehörige frei verknüpft und so von Neuem in größeren Kreislinien Bänder um die Gattung schlingt.

*) s. Cursus § 115. 119. u. Excurse S. 104.

Aus dieser frühzeitigen Secernirung des Ehebandes von dem Blutsband ist die ernste und strenge Aufrechthaltung der verwandtschaftlichen Ehehindernisse, wodurch die Römer sich vor allen Völkern namhaft auszeichnen, erklärlich; das Christenthum, auch hier so leicht an der Römischen Ordnung anknüpfend, hat dann in seinem neuen Geiste bestätigt, daß Ehe und Verwandtschaft, als die zwei Grundordnungen Gottes, auf welchen die Gattungseinheit beruht, nicht vermengt, sondern möglichst rein gehalten werden sollen. Aber im Römerrecht hat sich lange ein bedeutungsvoller Nachklang jener Ureinheit von Ehe und Verwandtschaft erhalten: das ist das Rechtsinstitut der *manus*. Die *manus* ist das Abbild der *potestas*, die *uxor in manu* steht in der Hausgewalt des Mannes wie dessen Hauskind, sie ist gewissermaßen erstgeborne *filiafamilias* und *consanguinea* ihrer eignen ehelichen Kinder; auf *manus* beruht ein Theil der Agnation, und *manus* ist die unter den Gesichtspunkt der Verwandtschaft gestellte Ehe. Das ist eine recapitulirende Ahnung jener patriarchalen Urphase der Menschheit: auch hier scheint Rom gleichsam von vorn begonnen zu haben.* Freilich hat mit dieser Einordnung des Ehebandes unter die Verwandtschaftsidee diese selbst eine abstractere, idealere Gestalt erhalten, und war der Anfang zu dem Institut der fingirten oder Adoptivverwandtschaft gemacht: die Heimführung der Gattin ist gewissermaßen die primitivste und naivste Art der Adoption. Auf diesem Wege idealisirte sich also der Verwandtschaftskörper zum freien Organismus hausunterthänigen Zusammenhangs, Alles führte sich auf den gestaltenden Willen des freien Menschen, also vor Allem des autonomen Bürgers, des *paterfamilias*, zurück: als verwandt galt Alles, was durch potestasartige oder potestasähnliche Gemeinschaft verbunden ist, gleichviel ob Bluteinheit zugrunde liegt oder nicht.

Bei den Römern hat sich diese Ausdehnung des Conubialkreises immer innerhalb des Bürgerthums gehalten, die *familia* blieb gebannt in den Umkreis der Civität, und nur in dem Maße, als die Civität sich ausdehnte, ward auch das *conubium* allgemeiner. Dies lag in der Grenze, welche das Heidenthum der Menschheit gab. Der entscheidende Schritt war geschehen mit der Losreißung des *conubium* vom Geschlechterwesen, und damit war dem *status familiae* seine alte publicistische Capitalbedeutung genommen und die Umgestaltung des Begriffs der *minima cap. diminutio* vorbereitet;** im Princip konnte das heidnische Alterthum nicht darüber hinaus: auch als die alte Manusehe nicht mehr Regel war — in der Kaiserzeit —, wurde doch die Civität als Conubialschranke festgehalten, und in diesem Sinne blieb das *conubium* die Bedingung und Grundlage, wie der *patria potestas*, so der *agnatio*; aber freilich, die *agnatio* hatte durch die Anerkennung des *naturale nomen cognationis* eine gefährliche Nebenbuhlerin erhalten, und damit war ein weiterer Schritt geschehen zur völligen Trennung

*) s. Cursus § 55. 56.

**) s. Excurse S. 81. 82. 368.

der Ehe von der Verwandtschaft: die Ehe war selten noch *manus* (Agnation) und die Verwandtschaft durchaus nicht mehr bloß Agnation. Die freie Römerehe und das *Edictum unde cognati* sind parallel gehende Begriffs- und Lebensentwicklungen und zusammenhängende Stufen der Entfernung vom Römischen Nationalwesen.

Das *conubium* hatte ursprünglich an der *gens* gehangen, *gens* und *agnatio* waren zusammengehörige Begriffe, der Kreis der *gentiles* war der weitere die eigentlichen *agnati* umgebende Kreis und trat in Ermangelung von Agnaten als erbberechtigt ein; aber die Bedeutung und Nachweislichkeit der Gentilverbände schwand, und in demselben Maße wuchs die Bedeutung der Cognation, welche gleichsam an Stelle der *gens* sich nun als ein weiterer Kreis um die Agnatenschaft zog, das *genus cognatorum* (*fr. 1. pr. D. de liberali causa 40, 12*) ersetzte nun gewissermaßen die *gens* im alten Sinn; als Gaius (3, 17) von dem Gentilverbande als einer antiquirten Einrichtung erzählte, war die Cognation und das freie Conubium (auch mit Libertinen) in zahlreichen Anwendungen anerkannt, und Papinian (in *fr. 1. D. de probat. 22, 3*) scheint *genus* und *gens* als gleichbedeutend zu verstehen.

Der Ausdruck Agnaten ist in unser Lehn- und Staatsrecht übergegangen, der Begriff ist ein analoger, aber nicht identischer. Wir verstehen jetzt unter Agnaten die durch Männer verbundenen ehelichen Blutsverwandten ohne Mißheirath; die Idee der *potestas* fehlt, dagegen werden meist nur Personen männlichen Geschlechts darunter begriffen.

V. Kapitel.

D. Die sociale Ausstattung der Persönlichkeit.

(Zu § 396-400)

Zu § **396**] Bei der Begriffsbestimmung der Ehre verfällt man gewöhnlich in zwei Irrthümer: daß man sie wesentlich als eine sittliche Idee auffaßt, und daß man sie auf die genossenschaftliche Verbindung der Menschen gründet. Die Ehre verhält sich vielmehr ihrem Wesen nach sowohl zur Moral, als zum Genossenschaftsband gleichgültig, denn sie tritt nicht selten in sehr unsittlichen Erscheinungen auf, die darum nicht minder energisch und verbreitet sind, und sie findet sich häufig als eine ganz gleichartige bei verschiedenen Genossenschaften vor.

Die Ehre ist ein Ergebniß der socialen Constellation, in welche ein Mensch theils durch Geburt, theils durch Wahl, nämlich durch freien, seinem Leben eine dauernde Richtung gebenden Entschluß zu stehen kommt. Eine solche Stellung des Menschen hängt von der Lebensaufgabe ab, welche er zu erfüllen hat, und welche, indem der Mensch mit seiner persönlichen Kraft ihr sich hingibt, ihm ein bestimmtes typisches Gepräge verleiht, ihn von dem Lichte des Ganzen, welchem er dient, umstrahlt werden, oder, wofern dieses Licht sich in verschiedenen Flä-

chen bricht, in einer karakteristischen Färbung erscheinen läßt. Diese Lebensaufgabe nennt man Beruf; der Beruf des Menschen ist die Quelle seiner Ehre. Darum je allgemeiner der Beruf ist, welcher an den Menschen unterschieden wird, um so abstracter ist die ihnen mit Rücksicht darauf zukommende Ehre; je mannichfacher die Berufe sind, welche in einem mehr oder weniger reichen Volksthum sich gliedern und entfalten, um so reicher und vielgestaltiger ist das Feld der Ehren, und nach der Höhe des Berufswerthes stufen sich die Grade der Ehre ab, welche im Volksbewußtseyn gemessen und unterschieden werden. Der Proceß aber, durch welchen die Ehre so aus dem Berufe hervorgeht, vollzieht sich nach Gesetzen, welche außerhalb des freien Willens der Einzelnen liegen und selbst nicht durch den augenblicklichen Beschluß der betheiligten Gesammtheit willkürlich geändert und bestimmt werden können. Dergestalt ist die Ehre immer wesentlich das Ergebniß naturproceßartig wirkender Kräfte des socialen Lebens; die Ehre, welche auf diesem Wege den Individuen zufließt, gibt dem natürlichen Daseyn derselben seinen socialen Abschluß, und sie gesellt sich zu den originären Factoren der Persönlichkeit (Leib und Seele), wie der Name, als ein halb künstliches halb nothwendiges Element hinzu.

Der abstracte Mensch, wenn es einen solchen gäbe, hätte nur die Ehre, welche ihm vermöge seiner Gottebenbildlichkeit der Thierwelt gegenüber zukäme, und welche er zu wahren nur sich selbst und Gott schuldig wäre. Diese abstracte Ehre war den heidnischen Völkern fremd und hat erst im vollen Lichte des Christenthums Anerkennung gefunden: die Römer der classischen Zeit kannten nur eine Römerehre, wir kennen und betonen eine Menschenwürde und Menschenehre. Auf diesem Untergrunde ruhen alle Kreise und Stufen der besonderen Ehre, welche sich von dem allgemeinen Menschenberufe abheben.

Das erste die Ehre scheidende Moment ist das Geschlecht, denn der Mann hat im Allgemeinen einen anderen Beruf als das Weib, und demgemäß ist die männliche Ehre im Grunde eine andere, als die weibliche, ja bei den Orientalen hat eigentlich nur der Mann eine Ehre, das weibliche Geschlecht entbehrt dort der eignen Ehre. Bei den occidentalen Culturvölkern ist aber diese anerkannt; die weiblichen wie die männlichen Volksgenossen sind der Ehre des Bürgerthums theilhaft. Alle Bürger haben gleiche Ehre, nur gibt es gewisse Ehrenschmälerungsgründe, in denen nicht Abstufung, sondern Verletzung der Ehre zu Tage kommt. Zu eigentlichen Abstufungen der Ehre gab es im Römerthum nur unvollkommne Ansätze, verschwimmend mit den Elementen des Etiketten-Rangs und Staats-Amtes. Vergl. Arnold Cultur- und Rechtsleben (1865) S. 136.

Diese Gleichheit des Berufs, des Standes und der Ehre aller Bürger kehrt analog im Gesellschaftswesen des heutigen Nordamerika wieder, wo weder stehende Berufsbahnen, noch strenge Standesabstufungen unterschieden werden, Jeder vom Hinterwäldler bis zum Unionspräsidenten der gleichen Ehre genießt, und von der allgemeinen und

gleichen Ehre weiter Niemand ausgeschlossen ist, als solche, in denen sich verrathendes Indianer- oder Negerblut fließt.

Neben jener Römischen und dieser nordamerikanischen Ehre nimmt sich das Culturleben des germanischen Mittelalters wie das unendliche Ineinanderspiel farbiger Kreise aus, welche da durch die wechselvolle Mannichfaltigkeit der typisch gesonderten Berufsbahnen, Standeskreise, Ehrenstufen gebildet wurden. Stand und Ehre sind die correlaten Begriffe, darum so viele Stände, so viele Arten und Stufen der Ehre, und je höher die Aufgabe und Leistung eines Standes für das gesellschaftliche Ganze in der Volksschätzung gewürdert wird, um so höher steht die Ehre der Standespersonen. Mit dem Begriffe der Genossenschaft hat an sich der Ehrenpunkt nichts zu thun, sondern nur insofern, als aus den Elementen des Standes das Genossenschaftsgebilde seine Hauptnahrung zieht, hängen Ehre und Genossenschaft mittelbar zusammen; Beruf und Stand sind die Vermittlungsglieder. So gab und gibt es auf germanischem Boden eine Ehre des Geistlichen und des Ritters, des (freien) Landmanns und des Bürgers, des Gelehrten und des Kaufmanns, am höchsten rangirt die Ehre der Personen, welche den regierenden Häusern angehören, d. h. auf derselben Hochfläche stehen, auf welcher die Throne errichtet sind, denn der Beruf, Staatsoberhaupt zu seyn, ist der oberste unter allen irdischen Berufen. — Mancher der mittelalterlichen Berufe ist erloschen oder gesunken, Wandelungen des Berufslebens haben sich vollzogen und vollziehen sich noch, und mit ihnen wandelt sich auch die Staffel im Reich der Ehre; in allen diesen Wandelungen aber ist ein Zug der Nivellirung unverkennbar, welcher unser Gesellschaftswesen in gewisser Weise dem allgememeinen und abstracten Ehrbegriff der Römer wieder annähert.

Der Römische Typus der abstracten Bürgerehre konnte sich erst nach Ueberwindung des alten Gegensatzes des Patricier- und Plebejerthums, also in den letzten Jahrhunderten der Republik, feststellen, und das Edict des Prätor ward das eigentliche Laboratorium dieses Entwicklungsprocesses. Der prätorische *dignitatis status* trat neben die Statusscala des Civilrechts; in gewissem Sinn läßt sich sagen, daß er diese Scala krönte und im lebendigen Aufbau des Gesellschaftswesens geradezu an die Stelle des alten *status familiae* trat. v. Savigny (System II. S. 199) hat die Infamie eine Art von *capitis diminutio*, eine halbe und unvollständige *media capitis diminutio* genannt, als solche aber scheint sie sich weit verwandtschaftlicher, als die *capitis diminutio minima*, an die *magna capitis diminutio* anzuschließen. Man möchte behaupten, daß, wenn es je einen den zwei anderen Status adäquaten *status familiae* gegeben hat,* dieser infolge der Ablösung des Bürgerthums vom Gentilorganismus gewissermaßen zerschlagen in die zwei Status der *familia* (Civilrecht) und der *dignitas* (Honorarrecht) sich verloren habe. Die publicistischen Elemente, welche dem (späteren) *status*

---

*) s. Excurse S. 82.

familiae fehlten, und also für das Civilrecht fallen gelassen waren, wurden vom Prätor aufgegriffen und im Geiste der neuen Zeit verwerthet und placirt. Jedenfalls nähert man sich, wenn man den *status dignitatis* einen Erben des altnationalen *status familiae* (*gentis*) nennt, der älteren Römischen Anschauung, welche offenbar die Artikel von der *capitis diminutio* und *existimationis minutio* in Verbindung zu bringen beflissen war. Cicero (*pr. Rosc. 6. 8. 9. 15* u. s. w.) rechnet infamirende Processe geradezu zu den *capitis causae*, in einem Rescripte des Severus (*fr. 3. D. de senator. 1, 9*) wird der Gedanke, daß Remotion eines Senators keine Infamirung sei, durch *capite non minui* ausgedrückt, und noch Modestin (*fr. 103. D. de V. S.*) bemerkt, daß nach allgemeinem (und namentlich vormals herrschenden) Sprachgebrauch unter *capitalis causa* auch die *causa existimationis* begriffen sei, und daß nur in der strengeren Terminologie der Juristen jetzt das Wort *capitalis* auf *mors* und *amissio civitatis* beschränkt werde. Dieser strengere Gebrauch findet sich in der That bei Callistratus (*fr. 28. § 1. D. de poen. 48, 19*), bei Ulpian (*fr. 2. pr. eod.* und *fr. 14. § 3. D. de bon. libert. 38, 2*) und in *§ 2. J. de publ. judic. (4, 18)*. Vergl. Marezoll Ueb. d. bürgerl. Ehre (1824) S. 112ff. und v. Savigny System II. S. 209—214.

VI. Kapitel.

II. Die Persönlichkeit der Körperschaften.

(Zu § 401-406)

Zu § **401**] Folgende Erwägungen gehören zur genaueren Wesensbestimmung der juristischen Personen.

I. Die juristischen Personen sind Personen, sie bilden in der Gattung der Personen eine besondere Art neben den Individuen; diese sind creatürliche, jene aber sociale Einheiten; dort ist es ein Einzelwesen, hier ein Gemeinwesen, an welchem Persönlichkeit anerkannt ist. Mit einer Fiction haben wir es bei beiden Arten regelmäßig nicht zu thun, denn auch das körperschaftliche Gemeinwesen, welchem Persönlichkeit im Privatrecht ertheilt, eine Vermögensfähigkeit zugeschrieben und eine Vermögenssphäre geschützt wird, ist eine lebendige, reale Potenz, eine Willensmacht eigner Art. Um diese Art zu verstehen, dürfen wir nicht vom Privatrecht ausgehen, denn die privatrechtlichen Attribute der Körperschaften sind diesen so wenig wesentlich, daß dieselben vielmehr insgemein längst bestehen und ins Leben thatkräftig und wirksam eingreifen, bevor sie aus ihrem primitiven Verfassungswesen eine Vermögenssphäre zeugen und mit Bewußtseyn solche Zwecke verfolgen, welche sie auf gleiche Linie mit Privaten stellen. Das eigentliche Leben und Wesen der Körperschaften besteht in ihren publicistischen Functionen; aus dem Schoße des Gemeinwesens in historisch-organischem Processe entwickelt sich eine durchgehende Tendenz, gleichsam eine traditionelle Seele, unter deren Impulsen jedes einzelne Glied und

Organ des Gemeinwesens steht, so zwar, daß der Gemeinwille nicht einmal bloßes Erzeugniß sämmtlicher jeweiligen Genossen, sondern zugleich der vergangenen Generationen ist; und selbst, wenn in der einfachsten Form des Majoritätsbeschlusses der Gemeinwille auftritt, formirt sich eben in der Herrschaft der Majorität eine Potenz, welche alle Einzelnen überragt und von ihnen sich unterscheidet (*„refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem“: Ulp. fr. 160. § 1. D. de R. J. jct. Scaev. fr. 19. D. ad munic. 50, 1*). Aber freilich kommt es zu solcher körperschaftlichen Geschlossenheit nur da, wo die Mitgliedschaft eine wirkliche Lebensgemeinschaft in sich begreift, und nicht bloß einzelne willkürliche, äußere oder zufällige Interessen als Zwecke des gegründeten Gemeinwesens gesetzt wurden. Je naiver das Gemeinwesen entstanden und geworden ist, um so näher und gleichartiger ist die in ihm sich erzeugende und forterbende Willensmacht derjenigen einer individuellen Person, und je künstlicher der Verein gemacht und je reflectirter er weiter geführt wird, umsomehr entfernt er sich von der Art individueller Wesen, und um so näher liegt das Bedürfniß der Zuhülfenahme einer Fiction, um ein Substrat zu gewinnen für die Annahme einer Willensmacht und die Setzung einer Persönlichkeit: nur darf von diesen Ausläufern und gleichsam zerfließenden Grenzgebieten her nicht das eigentlich constructive Princip abgeleitet werden.

Unter den juristischen Personen des Röm. Rechts sind es die Municipalsenate und die Legionskörper, welche ohne rechte Naturwüchsigkeit schon auf der Grenze zwischen Realität und Fiction stehen und insofern als Mischtypen zu bezeichnen sind; noch mehr neigen nach der Seite der Fiction die Vereine für vorübergehende Geselligkeit und egoistischen Erwerb, denn hier ist das Moment der Lebensgemeinschaft so spärlich, daß von der Entwicklung eines einheitlichen Kollectivwillens, der zu einer Macht über den Einzelnen würde, überhaupt kaum noch gesprochen werden kann, und hier beruht daher die ganze Geltung der abgegrenzten Sphäre auf staatlicher Schöpfung. Unsere moderne Zeit ist in dieser Richtung noch einen Schritt weiter gegangen, indem sie in den Actienvereinen Persönlichkeiten ohne alle reelle Lebenseinheit anerkannt hat: hier würde, sofern nicht die Idee der Stiftung zu Hülfe genommen werden kann, die Fiction unumgänglich seyn.

II. Es gibt, wenn von der Classe der Actienvereine abgesehen wird, nur zwei Hauptclassen juristischer Personen, nämlich Körperschaften und Stiftungen. Die Seele der Körperschaft bildet der aus dem Gemeinschaftswesen sich entwickelnde Gesammtwille der Mitglieder, die Seele der Stiftung aber der aus der Willensfreiheit eines Einzelnen sich in schöpferischer Bethätigung abzweigende und so verselbständigende Wille des Stifters: Beides entspringt aus der Zeugungskraft individueller Willen, aber dort liegt eine organische Verbindung mehrer Willen, hier eine schöpferische Aussonderung aus Einem Willen vor, wodurch das von den zeugenden Willen verschiedene Wesen gebildet wird; bei der Körperschaft wird der Wille der Mitglieder, in-

soweit er sich dem Gemeinzweck hingibt und ihm angehört, der Träger der Sphäre, bei der Stiftung ebenso der Wille des Stifters, insoweit er sich mit dem gesetzten Zwecke identificirt und sich ihm mit dauernder Wirkung hingibt: in beiden Fällen ist es schöpferische Emanation individueller Personen. Die Stiftung aber ist das schwierigere Product, denn sie setzt eine eminente Tragweite des Willens Einzelner voraus, und es erscheint in ihr ein schöpferischer Willensact mit der Kraft verewigten Wirkens; während sonst der Privatwille nur Rechtsverhältnisse zeugt, zeugt der Wille eines Stifters eine Rechtssphäre. Rom besaß nur Ein Rechtsinstitut, welches dieser eminenten Idee verwandt ist, die *manumissio*, sofern hier der Römer durch einen solennen Rechtsact eine Person in die Welt setzte, also eine Rechtssphäre schuf, welche bis dahin *jure civili et gentium* noch nicht bestanden hatte.* Aus einem Willen, so daß dieser völlig frei einen Zweck setzte, eine Sphäre, eine juristische Person zu schaffen, das konnte auf heidnisch-römischem Boden noch nicht gelingen: dazu gehörte vielmehr die junge und ungemeine Triebkraft der christlichen Kirche; erst als diese Triebkraft verjüngend und schaffend in die Gesellschaft eindrang, begann die reiche Saat milder Stiftungen (*piae causae*) emporzusprossen**, welche dann auf germanischem Boden so mächtig und segensreich sich entfaltete. Im classischen Recht der Römer gab es noch nicht Stiftungen, nur Körperschaften (*universitates personarum*).

Indem von mir den Stiftungen die Körperschaften (im weitern Sinn) gegenübergestellt werden, reiht sich der Fiscus, d. h. die privatrechtliche Seite des Staats, den Körperschaften ein: der Fiscus gehört zu diesen so gut, wie die Gemeinde (anders v. Savigny System II S. 245). Beide politischen Lebenskreise, der größere und der kleinere, beruhen auf einer territorialen Genossenschaft, welche ein historisches Leben führt, sie unterscheiden sich qualitativ nur durch die Verschiedenheit ihrer social-politischen Aufgaben, in ihrem inneren begrifflichen Verhältniß zu ihrer Vermögenssphäre stehen sie auf ganz gleicher Linie, und nicht dies, sondern nur die positivrechtlichen Privilegien des Fiscus geben Anlaß, denselben innerhalb des Privatrechts abgesondert von den anderen Körperschaften, zunächst den Gemeinden, darzustellen. An sich gehört der Fiscus so gut einer Körperschaft, wie das Aerarium: dort der Volksgenossenschaft, hier der engeren Localgenossenschaft; es ist daher inconcinn, den Fiscus nicht den *universitates personarum* einzureihen, und ungenau, diesen Begriff auf bestimmte Classen der Körperschaften einzuschränken.

III. Hauptsächlich nach zwei Seiten hin (abgesehen von den gleichfalls von Manchen personificirten Staatämtern) hat man die Zahl der juristischen Personen vermehren wollen, bald durch Ungenauigkeit, bald durch Spielerei des Denkens verführt (vergl. z. B. Böcking Pand.-Instit. I. § 62). Ich meine die Ansichten, daß die *hereditas jacens* unter

*) s. Cursus § 375.

**) s. unten Theil III.

die juristischen Personen gehöre, und daß auch Grundstücke mögliche Rechtssubjecte seien. Die *hereditas jacens* kann nicht juristische Person seyn, weil der ganze Typus derselben durch den Unterschied von dem individuellen Willen (von der einem Individuum gehörigen Willenssphäre) bedingt ist; daher wo eine Rechtssphäre sich mit dem Willenskreise eines Individuums völlig deckt, wäre es nicht rationell, den Begriff der juristischen Person herbeizuziehen. Nun wird zwar die *hereditas jacens* in den Quellen *domina* genannt, und von Florentin gesagt, daß sie *personae vice fungitur,* ja mit *municipium, decuria* und *societas* (*publicanorum?*) zusammengestellt (*fr. 22. D. de fidej. 46,1*): allein offenbar wollte da der Röm. Jurist dieser Vergleichung nicht die Tragweite eines civilistischen Dogmas beilegen, und von anderen Juristen ist es wiederholt und deutlich genug ausgesprochen worden, daß die *hereditas jacens* nicht die Kraft eigner Persönlichkeit, nicht eine eigne civilistische Seele, sondern die Seele des *defunctus* in sich trage und folglich dessen bestimmte individuelle Person fortsetze. Der Zweck der *hereditas jacens* liegt theils in der Rücksicht auf des Erblassers Willen, Namen und Ehre, theils in dem Hinblick auf das Interesse des Erbfolgers, immer also sind es bestimmt gegebene Individuen, in deren Zwecken sich der Zweck der *hereditas jacens* erschöpft*, und es kann von anderer Verwendbarkeit, als im Dienste des künftigen Erbfolgers, keine Rede seyn (s. Brinz Lehrb. d. Pand. S. 1001). Somit könnte es nur die ganze Lehre von der juristischen Person in eine schiefe Stellung bringen, wenn die *hereditas jacens* als eine solche dargestellt würde. Die ächte juristische Person ist eine nichtindividuelle reelle Person, die *hereditas jacens* dagegen eine individuelle fingirte Person.

Wenn Grundstücke (*praedia*) den juristischen Personen eingereiht werden, so beruht das zunächst auf einer Verwechselung der Begriffe: Person und Rechtssubject. Der Person correspondirt immer eine Rechtssphäre, d.h. ein Umkreis von Rechtsbeziehungen, der sich erfüllen und entleeren kann, indem er immer ein *juris nomen* vertritt; allerdings kommt dann die Person auch als Subject einzelner Rechtsverhältnisse in Betracht**, aber darum ist noch nicht der Begriff der Person gegeben, wenn an das Subject eines einzelnen einzigen Rechtsverhältnisses gedacht wird. Es ist nun wohl zuzugeben, daß nach der herkömmlichen Anschauung immer nur Personen als Rechtssubjecte vorkommen, aber eben darum wirft sich die Frage auf, ob ein Grundstück als Subject eines Rechtsverhältnisses (z. B. einer Prädialservitut) gelten könne, wenn eben nichts weiter als dieses eine Rechtsverhältniß vorliegt, und von einer ganzen Rechtssphäre daneben keine Rede ist. Eine Person, die nichts weiter als ein einziges Rechtsverhältniß unter sich hätte, wäre fürwahr eine dürftge Person, eine auf eine Linie reducirte Gestalt, d.h. ein Unding, und das wäre ein schwerfälliger Rechts-

*) s. Cursus § 366 u. Excurse S. 310. 311.

**) s. Cursus § 411.

trieb, welcher, um ein einzelnes Rechtsverhältniß zu formiren, dazu eine ganze Person künstlich schaffen müsste: das Röm. Recht ist frei von solcher Künstlichkeit, Schwerfälligkeit und Hypertrophie, die bildlichen Ausdrücke: *praedium dominans*, *praedium debet*, *fundus amittit jus*, *praedium oneratur*, *praedium liberum*, *praedium convenitur* und *praedio sententia debetur* können ebensowenig als Beweise des Gegentheils angeführt werden, als der Ausdruck *fundus optimus maximus* uns an die Person Jupiters erinnern, oder Ausdrücke wie *ager itineri servit* und *appulsus pecori debetur* uns zu dem Gedanken einer Fußsteigs- oder Vieh-Person verleiten dürfen (vergl. Kuntze in d. Heidelb. krit. Zeitschr. I. 1853. S. 550). Auch im germanischen Recht hängen die hervorragenden Functionen der Familien und sonstigen Güter mit ganz anderen Ideen und Constructionen zusammen, und es ist gewißlich an der Zeit, das Gespenst prädialer Personen endlich zum Tempel unsrer Doctrin hinauszujagen; es kann diesen Tempel nur verunreinigen.

IV. Andere erklären gar die juristischen Personen überhaupt für Gespenster, ein leidiger Nachhall jener Theorie, welche den Begriff auf eine Fiction gründet. Es kommt ein materialistischer Gedanke hinzu, stammend aus der Anschauung, welche überhaupt des Rechtssubjects entbehren zu können sich vermißt, und alle rechtlichen Erscheinungen in materielle und in ihrem eignen Schwerpunkt ruhen sollende Interessen auflöst. Wer ohne Rechtssubject construirt, bedarf auch keiner Personen, und entledigt sich daher selbstverständlich zu allererst der juristischen Personen, denn wer operirte gern, wenn nicht ein wirklicher Zwang dazu besteht, mit Fictionen? und nach der gemeinen Meinung sollen ja die juristischen Personen fingirte Personen seyn. Wir aber haben erkannt, daß sie dies nicht sind, wir meinen, daß die juristischen Personen, so wenig wie die Obligationen, Fictionen seien: jene sind *personae incorporales*, diese *res incorporales*, dort ist der Wille als besonderes Rechtssubject, hier als besonderes Rechtsobject* gebildet; übrigens halten wir daran fest, daß das Rechtssubject zu den logischen Elementen der Rechtssphären und Rechtsverhältnisse gehört, und daß mithin die Frage der Persönlichkeit im letzten Grunde eine Frage der civilistischen Construction ist.

Von dem angegebenen Standpunkt aus kann auch der neuerdings mit Emphase proclamirte Versuch, die Formel „Zweckvermögen" zu substituiren, uns unmöglich genügen. Anlaß dazu hat vielleicht v. Savigny's Wendung gegeben, die juristische Person sei eine bloß zu juristischen Zwecken angenommene Person (System II. S. 236; dazu S. 243); es ist dann viel von „personificirten Zwecken" gesprochen worden, und endlich hat neuerdings Brinz (Lehrb. d. Pand. S. XI u. 979 ff.), unter Nachfolge von Bekker, Demelius und Randa, eine umfassende Theorie der Zweckvermögen entwickelt (vergl. dagegen Windscheid Pandektenrecht I. § 49. Anm. 2. 3. Arndts Lehrb. d. Pand.

*) s. Cursus § 125.

§ 41. Anm. 3 und Kuntze in d. Heidelb. krit. Zeitschr. V. 1858. S. 359—365). Er hat uns von der „Vogelscheuche" der juristischen Person befreien wollen, und hat uns dafür in das Dämmer- und Nebelland des „Zweckvermögens" geführt. Ein Zweckvermögen ist ein unausgedacht gebliebener Gedanke, denn kein Zweck ohne Zwecksetzendes, und nur die Person, die Selbstzweck ist, kann Zwecke setzen: wir kommen also von dem Begriffe des Zweckvermögens aus, wenn wir logischen Ernst damit machen, hinwiederum auf den verfehmten Begriff zurück, der nun eben, weil er keine Fiction, sondern eine Realität enthält, ebenso unausweichlich als unentbehrlich ist, und immer der einfachste und einzige gesunde Ausgangspunkt der Construction bleiben wird. Wer Subject und Person aufgibt, befindet sich auf einer abschüssigen Bahn und geräth ins Land verworrener Schatten, wo Licht sich mit Finsterniß mengt. Die Gestalten des Röm. Rechts bewegen sich sämmtlich im ungetrübten Tageslicht, stehen aufrecht auf gerader Fläche und halten sich in präcisesten Contouren; die juristische Person im Bann des Zweckvermögensbegriffs gleicht dem Römer in Kriegsgefangenschaft; Zweckvermögen ist eine barbarische Vorstellung, ein Römer im Orcus; eröffnen wir ihm das *postliminium!* Civilisirt, wird es eben wieder zur altbekannten Idee der juristischen Person, nur präciser, klarer ist dieselbe und gegen ähnliche, aber fremdartige, Erscheinungen correcter abgegrenzt. Die juristische Person ist ein unvertilgbarer, unsterblicher Typus und unter allen Umständen von besserer Herkunft als die Idee der „Vogelscheuche".

Zweiter Abschnitt.

Die Lebensäusserungen der Privatpersönlichkeit.

(Rechtsverhältnisse.)

VII. Kapitel.

I. Uebersicht.

(Zu § 406-410)

Zu § **408**] Das Wort *res* kommt in den Quellen in einem doppelten Sinn vor, einem naturalen und einem idealen. Im naturalen Sinn bedeutet es die sinnlichen Rechtsobjecte (die Sachen), so wenn die Servitut ein *jus in re* genannt wird oder von *res unitae* und *cohaerentes* die Rede ist. Daneben aber kehrt dasselbe Wort häufig in einem bestimmten andern Sinn wieder, welcher etwa so zu denken ist,

daß, wie die natürlichen Sachen individuelle Stücke der Außenwelt sind, so es in der juristischen Welt einzelne Erscheinungen, individualisirte Parcellen der Privatsphäre gibt; was jene Sachen in der Natur sind, das sind die verschiedenen Angelegenheiten einer Person, die einzelnen Rechtsverhältnisse, im Kosmos des Rechts: so sind *res* die einer Rechtssphäre angehörigen juristischen Realitäten. Nicht selten schwimmen allerdings beide Bedeutungen, jene naturale und diese ideale, mehr oder weniger in einander, indessen herrscht insgemein die eine oder andere entschieden vor.

Indem Gaius in der Classification seines Elementarbuchs die *res* zwischen die *personae* und *actiones* stellt und unter den Gesichtspunkt der *res* nicht bloß das *dominium,* sondern ebenso die *hereditas* und *obligatio* einreiht*, zeigt er, daß *res* von ihm hier nicht im naturalen Sinn gebraucht ist. Die bekannten Eintheilungen: *res mancipi* und *nec mancipi, res corporales* und *incorporales* gehören unter denselben Gesichtspunkt, denn die *res mancipi* umfassen auch (Rustical-) Servituten, also Rechte (nicht Sachen); *res corporales* bedeuten das Eigenthumsrecht, welches sich mit seinem sinnlichen Object zu decken scheint, und *res incorporales* alle übrigen Arten von Rechten, bei denen jene Deckung nicht stattfindet (vornehmlich Erbrecht, Obligationen und Servituten). *Gai. 2,14.17; fr. 1. § 1. D. de rer. div. 1,8; fr. 6. pr. fr. 23. D. de V. S.* Die Röm. Juristen, wenn sie das körperliche Rechtsverhältniß (Eigenthum) solchergestalt absonderten, haben zunächst nur an dessen dogmatische Eigenartigkeit (*rei possessio* im Unterschied von der *juris quasi possessio* u. s. w.) gedacht, indeß knüpft sich daran auch ein nicht unerhebliches historisches Interesse: denn gleichwie allezeit die sinnlichen Wortbedeutungen die primitiven sind, so läßt sich auch annehmen, daß, wo der Rechtstrieb an die Welt der Sinnlichkeit einfach anknüpfen und gleichsam auf ihr fußen konnte, er die ersten entscheidenden Schritte that. Allerdings bestimmt sich das Wesen des Eigenthums allererst mit der Gegenüberstellung andrer Rechtsarten, allein im Großen und Ganzen wird doch der Anfang der Rechtsentwicklung sicher getroffen, wenn man sagt, daß alle Arten von Rechten sich gewissermaßen aus dem Schoße des Sachenrechts (Eigenthums) heraus** entwickelt haben (vergl. Ihering Geist d. R. R. II. § 43. S. 464). In der *manus* spiegelt sich noch später dieser sinnliche Ausgangspunkt.

Auch wenn vom *procurator in rem suam,* oder von *auctoritatis interpositio in rem suam* (*fr. 1. pr. D. de auct. tutor. 26, 8*), oder von *res in litem deducta,* oder *societas unius rei,* oder *diligentia in suis rebus* (*in sua domo: Pomp. in fr. 65. pr. D. de usufr. 7, 1*), *actiones rei persequendae causa comparatae*, oder *res Africanae et Syriaticae* (*fr. 12. 15. D. de test. tut. 26, 2*) die Rede ist, haben wir nicht gerade an Sachen, sondern an Rechtsangelegenheiten oder Rechtsverhältnisse zu denken.

Oft und vielleicht vorzugsweise liegen dabei Sachen zugrunde, und

*) s. Cursus § 359.

**) s. oben Excurse S. 130—132.

so lange die körperlichen Werthe die größere Masse des Volksvermögens bilden, werden immer unter Vermögensverhältnissen vorzugsweise die Rechtsbeziehungen der Grundstücke und des Mobiliars gemeint seyn; allein wenn das Obligationenrecht an Bedeutung zunimmt, gelten auch unkörperliche Werthe als Realitäten, ja es consolidirt sich selbst die Vorstellung des Vermögensganzen oder der Rechtssphäre zu einer Realität. *Res uxoria* bedeutete vielleicht vorzugsweise einen *fundus dotalis* (bez. *res pretiosae muliebres*), dann aber überhaupt die *dos* als ein Ganzes, wie *peculium* oder *patrimonium*. *Res privata s. familiaris* (*fr. 6. D. de sep. viol. 47, 12; fr. 7. § 14. D. de pact. 2, 14*) drückt die ganze Privatsphäre einer Person (*familia*, *domus*) aus, und *res publica* die Rechtssphäre des Staates in seinen publicistischen Beziehungen. — So verzweigt sich das Wort *res* durch das ganze System.

VIII. Kapitel.

II. Das Rechtssubject.

1. Handlungsfähigkeit und Wohnsitz.

(Zu § 411-416)

Zu § **412**] Die Delictsfähigkeit der Körperschaften ist eine alte Streitfrage, für den freilich sofort entschieden, welcher die juristischen Personen schlechthin als fingirte Wesen denkt, denn Fictionen sind unverantwortlich, und ohne Verantwortlichkeit gibt es selbstverständlich keine delictmäßige Haftung. Allein wer einen Blick wirft in das thatsächliche Walten der Willensmächte, welche das Leben der Völker, der Gemeinden und anderer kraftvoller und geschlossner Lebensgenossenschaften beseelen und beherrschen, der muß, je deutlicher er hier schöpferische Lebenstriebe wahrnimmt, vor jener Negative zweifelhaft werden, und wer nicht Nüchternheit mit Atomismus und Mechanismus verwechselt, der wird finden, daß in den urwüchsigen durch Geburt und Beruf sich fortpflanzenden Gemeinheiten reale Willenseinheiten wirken, denen das Recht nur dann gerecht wird, wenn es ihnen die Rolle von Personen zuerkennt. Daß noch ein Unterschied besteht zwischen Individual- und Communalpersonen, wer will das leugnen? Es werden ja die juristischen Personen eben nur n e b e n die natürlichen Einzelpersonen, nicht u n t e r sie, gestellt; es fragt sich aber, ob der Unterschied solche Momente begreift, daß dadurch die unmittelbare Beziehung von Entschlüssen, Handlungen, Vergehungen, Freveln auf die Communalperson selbst ausgeschlossen wird.

Versetzen wir uns in die Zeiten eines naiveren Volksthums, wo der Einzelne sich mit seinem Dichten und Trachten, Willen und Selbstbewußtseyn noch nicht zur individuellen Freiheit der Bewegung herausgearbeitet hat, vielmehr mit allen seinen Trieben an der Genossenschaft, wie die Rebe am Weinstock, hängt: hier, müssen wir sagen, gehen Thaten vom Ganzen aus, und steht bei manchen Maßregeln der Genosse so unter den Impulsen der Tradition, der Gesammtheit, der

Majorität, daß, was er aus diesem Lebenskreise heraus und als Organ der Genossenschaft thut, ihm nicht als Einzelnem, sondern eben als Organ, d. h. der Gesammtheit selber, zuzurechnen ist (*arg. fr. 4. D. de R. J.*), und daß jeder Genosse mitzutragen hat an den Folgen, weil er in lebendigem und unablässigem Wechselverkehr Aller mit beigetragen hat und beiträgt zur Entwicklung der gemeinheitlichen Regungen, um deren criminelle Früchte es sich schließlich handelt. So hat der Ausspruch des Scaevola: *quod major pars Curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint*, (*fr. 19. D. ad munic. 50, 1*), einen tieferen Grund, als bloße Zweckmäßigkeitsrücksicht. Unserer heutzutage immer mehr atomisirenden Lebensanschauung und Lebensgestaltung ist solcher Gedanke freilich unsympathisch, aber das ganze Mittelalter wäre ohne ihn ein unverständliches Chaos, und auch den Römern ist er nicht ganz fremd gewesen.

Völker und Städte sind der Vernichtung übergeben, mit verschiedenartigen Strafen belegt worden im Gefühl einer sittlichen Vergeltung und Genugthuung, die auf solchem Wege vollzogen werde; der Römische Staat hat sich darauf eingelassen, über fremde Regenten während ihrer Unmündigkeit die Vormundschaft zu übernehmen; ja im Sinne des prätorischen Edicts ist sogar angenommen, daß nicht bloß natürliche Personen, sondern auch Körperschaften für ihre Thaten nach dem Princip der *actio quod metus causa* verantwortlich seien (*fr. 9. § 1. D. qu. m. c. 4, 2*). Ließe sich Alles das rechtfertigen, wenn in der That die juristischen Personen bloße Fictionen wären? — Die Körperschaften also sind reale Einheiten, einheitliche Gemeinwesen, welche wollend und handelnd auftreten und im Umkreise ihres Lebens verantwortlich sind, gleich natürlichen Personen thätig eingreifen, wirken und die Folgen zu tragen haben. So liegt die Frage für das öffentliche Leben.

Es löst sich aber von dieser Betrachtung die Frage ab, ob an den Körperschaften ein privatrechtliches Handeln und eine civilistische Verantwortlichkeit anzuerkennen sei. Der Schwerpunkt ihres realen Wesens und Lebens liegt außerhalb des Privatrechts, in dieses ragen sie nur mittelbar oder secundär mit ihrer Vermögensseite herein (s. v. Savigny System II. S. 240), und es kann daher zweifelhaft erscheinen, ob sie unmittelbar selbst privatrechtliche Geschäfte celebriren (*hereditatem cernere, possessionem animo acquirere*: *Ulp. 22, 5; fr. 1. § 22. D. de acq. 41, 2*), und ob sie auch durch ihre oder ihrer Organe Delicte sich civilrechtlich verpflichten können. Jedenfalls muß es unter Umständen der Billigkeit angemessen seyn, denen, welchen durch Organe einer Körperschaft im Verfolg oder Zusammenhang der verfassungsmäßigen Functionen ein unrechtmäßiger Schaden zugefügt ist, einen directen Entschädigungsanspruch gegen die *arca communis* einzuräumen, unter Verweisung dieser auf den Regreßweg, falls einen solchen die individuelle Unrechtlichkeit der Beschließenden oder Vertretenden genugsam motivirt. Es ist dies eine Seite der Frage, welche übergangen zu werden pflegt; ihre nähere Begründung ist dem Pandektenrecht vorzubehalten.

IX. Kapitel.

2. Vertretung und Ergänzung. Vormundschaft.

(Zu § 417-429)

I.

Die Elemente der Römischen Tutel.

Zu § **418**] Den Grundsätzen des classischen Rechts ist es nicht angemessen, die Vormundschaftslehre als Theil des Familienrechts zu behandeln: unsere Doctrin hat, indem sie das zu thun pflegt (s. z. B. Marezoll, Lehrb. d. Inst. § 182. Müller, Lehrb. d. Instit. § 11. 172 a. A.), unbewußt germanische Triebe dem Römerrecht untergeschoben. In alter Zeit mag die Vormundschaft allerdings als ein der *potestas* gleichartiges Gewaltverhältniß gegolten haben, wovon manche Spuren übrig sind: so faßt Livius (34, 2) die *tutela muliebris* mit der *patria potestas* und *manus mariti* unter dem Worte *manus* (*parentium*, *fratrum*, *virorum*) zusammen; die alte schon bei Servius vorkommende Definition lautet: *tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa* (*fr. 1. D. de tutelis 26, 1*); damit stimmt noch des Gaius (1, 189. 190) Ausdruck: *alterius tutela, tutoris auctoritate regi,* und die Bezeichnung der *tutores* als *quasi parentes* in den *fragm. Vat. § 304.* (vergl. dazu *§ 13. J. de excus. 1, 13: regi*) überein.

Diesem Gesichtspunkt entsprach die Auffassung der Vormundschaftsführung als eines Rechts, nicht als einer Pflicht, des Vormunds. Erst nach und nach trat das eigene Interesse des Mündels in den Vordergrund, und demgemäß sagte Cicero (*de off. 1, 25*): *tutela ad utilitatem eorum, qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissa est, gerenda est;* in diesem Sinne rescribirte Severus Alex.: *omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat* (*fr. 2. § 2. D. qui petant tutor. 36, 6*), und sagte Justinian: *et tutelam et curam placuit publicum munus esse; plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet* (*pr. J. de excus. 1, 25* und *de legit. patr. tut. 1, 17*).

Hierzu kommt, daß von Anfang an die Vormundschaft von den Römern vorzugsweise als eine wirthschaftliche Schirmherrschaft aufgefaßt wurde. Demgemäß war das Recht, die Vormundschaft zu führen, im letzten Grunde ein Vermögensrecht und galt als ein Anhang des (eventuellen) Erbfolgerechts, dieses gewissermaßen zu sichern und zu ergänzen bestimmt. Als dann das Recht der Bevormundung zu einem Pflichtamt wurde, fehlte den Römern der streng juristische Zusammenhang, und Justinian mußte denselben durch jenen Billigkeitssatz: *ubi emolumentum, ibi onus,* künstlich wiederherstellen.

Nicht bloß die Agnatentutel, sondern auch die testamentarische Tutel zeigen die Natur einer wirthschaftlichen Schirmherrschaft, und

die Worte der XII Tafeln: *uti legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto!* verrathen dasselbe deutlich genug. Die Tutel ward im Grunde als eine Ergänzung der *hereditas* angesehen, und der Tutor war im Grunde ein *defensor bonorum.* Er verwaltete das Vermögen; und wenn er den Mündel berieth und bei Rechtsacten ergänzte, so hatte das eben nur mit Rücksicht auf das Vermögensinteresse Statt; was ohne Bezug zu diesem war, blieb außer der Vormundschaftssphäre, z. B. Erziehung, Eheschließung. Für die Agnatentutel ist jener Gesichtspunkt allgemein anerkannt, Ulpian commentirt die Bestimmung der XII Tafeln mit den Worten: *hoc summa providentia, ut, qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur* (*fr. 1. pr. D. de legit. tutor. 26, 4*), demnach: *legitima hereditas, ergo et tutela* (*Ulp. fr. 3. § 7. eod.*), *si eodem gradu plures sunt, omnes tutelam nanciscuntur* (*Gai. fr. 9. eod.*), und nur ausnahmsweise *alibi est hereditas, alibi tutela* (*fr. 1. § 1. D. eod.*); aber auch das Institut der Testamentstutel neigt ganz nach dieser Seite; vor Allem zeigt das der Satz: *intestatus videtur et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit* (*Paul. fr. 6. D. eod.*), und unter denselben Gesichtspunkt gehört die Pupillarsubstitution, welche mit Ernennung des Substituten zum Vormund gern verbunden wurde, denn dieselbe geschah aus Vorsorge für das Vermögen, welches hinterlassen wurde, auf den Todesfall des Pupillen, indem auf die Lebenszeit desselben für die Hinterlassenschaft durch die Vormundsernennung gesorgt wurde.

Wenn Marcellus sagt: *tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat* (*fr. 30. D. de admin. tutor. 26, 7*), so ergibt sich doch aus *fr. 1. § 2.* und *fr. 10. eod.*, daß nur an vermögensrechtliche Geschäfte dabei zu denken ist; wenn Marcian sagt: *tutor personae, non rei vel causae datur* (*fr. 14. D. de testam. tutela 26, 2*), so zeigt doch *fr. 12. eod.*, daß unter *persona* eben nur *universum patrimonium* (*fr. 21. § 2. D. de excus. 27, 1*) im Gegensatz zu einzelnen Angelegenheiten verstanden ist (s. *§ 17. J. de excus. tutor. 1, 25*); wenn endlich Paulus sagt: *tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponitur* (*fr. 12. § 3. D. de adm. tut. 26, 7*), so erhellt aus den hinzugefügten Beispielen, daß es sich dabei doch nur um Leistungen aus dem Vermögen des Pupillen (in Angelegenheiten der Pietät) handelt, und eine andere Aufgabe ist dem Vormund auch nicht durch die schwungvollen Worte des Paulus in *fr. 27. eod.* ertheilt: *tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet* (vergl. dazu Ulpian in *fr. 157. pr. D. de R. J.*).

Demgemäß erklärt es sich mit Leichtigkeit, daß, seitdem die Idee des potestasähnlichen Rechts der Idee der Pflicht (*munus et onus*) gewichen war, die Stellung des Vormundes, insoweit sie überhaupt noch privatrechtliche Elemente enthielt, zu einer *obligatio* zusammenschrumpfte. Die *gestio tutelae* ist eine *administratio rerum pupillarium* (*fr. 33. pr. D. eod.*), wie sie auch durch Contract (*procuratio omnium bonorum*) übernommen werden kann, und Rathertheilung, wie Vollworts-

einlegung, welche den Vormund in seinem unmittelbaren Verhalten zur Person des Mündels zeigen, haben auch keinen anderen Zweck, als den, der Vermögensverwaltung zu dienen. Die Behauptung Böcking's Röm. Privatr. (2. Aufl.) II. § 44. Anm. 1., daß der Quasicontract erst nach beendeter Vormundschaft entstehe, trennt die *obligatio* ungehörig von ihrer *causa* und widerspricht der Römischen Anschauung, welche in den Worten Ulpian's deutlich wird: *ex administratione tutelae debitor est pupillo, quomodo si pecuniam creditam a patre ejus accepisset* (*fr. 9. § 4. D. de tut. act. 27, 3*); der Satz: *nisi tutela finita sit, tutelae agi non potest* (*Paul. fr. 4. eod.*), oder wie die Ueberlieferung eigentlich lautete: *traditum est, pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse* (*fr. 9. § 4. cit.*), ist nicht dem juristischen Wesen entnommen, sondern nur das Erzeugniß praktischer Erwägung, wie die Motivirung in der zuletzt genannten Stelle des Ulpian, und die Abweichung der *cura furiosi* (*fr. 4. § 3. eod.*) beweisen. Es ist hiernach klar, daß durch jenen Satz nicht der Quasicontract, sondern nur die Geltendmachung der Obligatio hinausgeschoben ist.

Wenn wir mit diesem Gange der Entwicklung das Eheverhältniß vergleichen, so zeigt dasselbe zwar manche Parallele: die *manus* tritt mehr und mehr in den Hintergrund, die freie Ehe in den Vordergrund, und in dieser nimmt das Güterrecht eine besondere Stelle ein, indem das Dotalrecht zu einem selbständigen System entwickelt wird; allein die Ehe schrumpft doch auch hier nicht zu einer *obligatio* zusammen, sondern bleibt ein die Person im Ganzen ergreifendes Lebensband und Hausverhältniß, weil eine ächte Ehe eben nicht anders zu denken ist; das Band wird nur laxer und gegenseitig, während es ehedem straff und einseitig war.

Auch die *tutela mulierum perpetua* muß in alter Zeit in der Praxis ein potestasähnliches Aufsichtsrecht gewesen seyn; zwar schied sich von demselben verhältnißmäßig frühzeitig die Güterverwaltung, welche nun in die Hand der Frau fiel, aus, aber gerade damit hängt auch das allmähliche Abkommen dieser ganzen Tutel zusammen. Der Schwerpunkt der Römischen Tutel lag in der Administration: wo diese fehlte, konnte sich das Institut auf die Dauer nicht halten.

II.

Die *excusatio* und *potioris nominatio*.

Zu § **422** und **423**] A. Excusationsgründe. Jemehr an der Vormundschaft die Pflichtseite in den Vordergrund trat, und die Flucht vor gemeinnützigen Opfern zunahm, häufte sich die Zahl der Ablehnungsgründe, deren rechtliche Anerkennung von der öffentlichen Meinung nach und nach erzwungen ward: namentlich geschah dies in der Kaiserzeit. Die Hauptgruppen (vergl. v. Keller Grundriß z. Vorles. üb. Instit. Berl. 1854—8. S. 233—237) sind folgende:

1) Amt und Beruf: Begleitung einer höheren Magistratur und

gewisser Priesterämter (*fragm. Vat. § 146. 173. 178*), Verwaltung von Fiscalgütern und von *res Principis*, *Praefectura annonae* und *vigilum*, *Primipilatus* (*fr. Vat. 136; fr. 41. D. de excus. 27, 1*) befreien; auch die *Senatores* und die *Veterani* genießen, jene theilweise, diese im Fall ehrenvoller Entlassung, völlige Befreiung (*fr. 15. § 3. D. eod.*; *fr. Vat. § 140*). *Absentia reipublicae causa* entschuldigt zeitweilig (*fr. Vat. § 135. 222*). Endlich befreit auch der Beruf eines *Grammaticus*, *Sophista*, *Rhetor*, *Medicus* (in einer für die einzelnen Städte nach 3 Classen bestimmten Anzahl: *fr. 6. D. eod.*), auch der Stand gekrönter Athleten, aber nicht der Beruf eines *Geometra*, Rechtslehrers (*jus civile docens*), *poeta* und *calculator* (*fr. Vat. § 149. 150*).

2) Lebensalter über 70 Jahre, welches wenigstens von neuer Uebernahme befreit.

3) Gewisse Schwächen, als Blindheit, anhaltende Krankheit, Armuth, *rusticitas* (*fr. Vat. § 129. 185. 238. 240. 243*).

4) Ueberbürdung: namentlich wenn man bereits drei getrennte Vormundschaften zu führen hat (*fr. Vat. § 125—8. 186*), oder ein Libertus das Vermögen seines Patrons senatorischen Rangs verwaltet (*fr. Vat. § 131*), oder wenn man seinen Wohnsitz in zu großer Entfernung vom Mündelgut hat (*fr. Vat. § 203. 205; fr. 21. § 2.; fr. 46. § 2. D. eod.*).

5) *Jus liberorum:* Wer in Rom 3, in Italien 4, in der Provinz 5 lebende Kinder hat, soll von allen *munera publica* entbunden seyn (*fr. Vat. § 191. 247*): Enkel *ex filio mortuo* werden für Kinder gezählt (*fr. Vat. § 198*), und im Kriege umgekommene Kinder gelten als lebende (*fr. Vat. § 197*). Der Zeitpunkt der Ernennung entscheidet; nachheriger Tod eines Kindes schadet nicht (*fr. 2. D. eod.*).

6) Corporationsprivileg, z. B. der *fabri*, *pistores*, *navicularii*, *mensores frumentarii*, *inquilini castrorum* (*fr. Vat. § 124. 138 etc.*).

7) Communalprivileg der Einwohner von Ilium (*fr. 17. § 1. D. eod.*).

8) Persönliches Verhältniß: ablehnen kann der Ehemann oder Verlobte die Vormundschaft seiner Ehefrau, bez. Braut (*fr. Vat. § 201*), der Alterstutor die folgende *cura minoris* (*fr. Vat. § 200*), der Gegner des Mündels in einem Streit über dessen *status* oder *hereditas paterna* (*fr. 27. § 1. D. de test. tut. 26, 2; § 4. J. de excus. tut. 1, 25*).

Das Zusammentreffen mehrer einzeln nicht durchschlagender Gründe kann befreien (*fr. Vat. § 245*); entschuldigen aber kann sich nicht, wer die Uebernahme dem Vater des Mündels zugesagt, oder von ihm ein Legat angenommen, oder die Verwaltung bereits übernommen hat (*fr. Vat. § 153. 154; § 9. J. eod.; fr. 15. § 1. D. eod.*).

B. Excusationsverfahren. Der Ablehnungs- oder Entbindungsgrund muß in den vorgeschriebenen Formen und Fristen bei der Vormundschaftsbehörde angebracht werden. Wer innerhalb des betreffenden Gerichtssprengels wohnt, hat sich binnen 50 Tagen, von da an gerechnet, wo er die Ernennung (bez. Confirmation) durch Testa-

ment oder Magistrat erfahren hat, mit seinem Gesuch zu melden und binnen 4 Monaten das Verfahren abzuschließen (*fr. Vat. § 156; § 16. J. eod.; fr. 13. D. eod.*). Wer außerhalb des Sprengels ist, hat eine längere Anmeldefrist je nach dem Maß der Entfernung (20 Meilen auf die Tagereise gerechnet, mit einem allgemeinen Zuschlag von 30 Tagen): *promulgatio Marci* (*fr. 17. § 2. D. eod.*). Im Verwerfungsfalle ist der Vormund von Anfang an verantwortlich. Das Anbringen der Excusation kann mündlich, die Ausführung und Begründung aber muß schriftlich geschehen. Stellvertretung und Appellation sind zulässig.

C. Die *Potioris nominatio*, d. h. Namhaftmachung eines Geeigneteren, um die drohende Ernennung von sich selbst abzuwenden, war auch bei anderen *munera publica* zulässig, und mußte immer schriftlich, etwa so, geschehen: *Cum proxime decreto tutorem me dandum existimaveris L. Titio, quod mihi in notitiam pertulit pridie Kal. Martias, nomino potiorem ut municipem et avunculum suprascripti L. Titii C. Sempronium Vejentanum, morantem Vejis, habentem in substantia plus minus H—S decies. Rogo, Praetor, propter praescriptiones tempora libellos accipere digneris* (*fr. Vat. § 166. 210*). v. Keller Grundr. z. Vorles. üb. Inst. S. 240. Dieses Gesuch mußte binnen ordentlicher Excusationsfrist eingereicht, und darauf die *denunciatio* dem *potior nominatus* alsbald (20 Meilen auf den Weg gerechnet) zugestellt werden, damit dieser mit seinen etwaigen Einwendungen gehört werde. Vergl. Rudorff Recht d. Vormundsch. II. § 100ff. und Zimmern Röm. Rechtsgesch. § 242.

Was so durch Gesetze und in der Praxis zu Gunsten der mit der Vormundschaftsbürde Bedrohten eingeführt ward, um dieselben entweder von der übernommenen Vormundschaft zu entbinden, oder von der deferirten zu befreien, das kam bald auch für die verschiedenen Arten der *cura* in Geltung, so daß das ganze System der Excusation sich endlich auf das ganze Vormundschaftsgebiet gleichmäßig erstreckte.

X. Kapitel.

III. Das Rechtsobject.

(Zu § 430-444)

I.

Die Römische Bodeneintheilung.

Zu § 432] Die Kunst der Bodeneintheilung und Feldmessung scheint bei den Römern sich frühzeitig entwickelt zu haben; sie entsprach dem energischen Idealismus derselben, welcher es liebte, auch der Natur des Grundes und Bodens den Stempel der nationalen Interessen aufzudrücken. Man unterschied demgemäß genau zwischen unvermessenen und vermessenen Strecken. Die unvermessenen (*agri, qui nulla mensura continentur*) waren die, welche die alten Landwehren behielten, wie solche in vorrömischer Zeit durch völkerrechtlichen Vertrag oder infolge feindlicher Abwehr gegen fremde Ansiedlungen, und zwar meistens in Anlehnung an die durch Gebirgszüge, Flüsse, Wälder

gezogenen Naturgrenzen, entstanden waren; diese Strecken hießen *agri arcifinii s. arcifinales* (*ab arcendis hostibus*), auch *occupatorii*, doch kommt letztere Bezeichnung auch von den Possessionen vor, welche vom Staate den Privaten zur Occupation überlassen worden sind. Diese arcifinischen Gebiete sind als Einrichtungen des *jus gentium* zu unterscheiden von den rohen Naturgrenzen, welche dem *jus naturale* angehören (*natura loci: fr. 2. pr. D. de aquae pluv. arc. 39, 3*). Meistens sind dann die alten Landwehren durch „rein künstliche und ausschließliche Vermarkungsurkunden (*termini*) in wachsender Vollkommenheit und Genauigkeit verdrängt worden"; *termini dicti sunt, quod terrae mensuras distinguunt atque declarant; his enim testimonia finium intelliguntur et agrorum intentio et certamen aufertur* (*Gromatici Veteres ed. Lachmann, Berol. 1848. S. 366*). Die vermessenen Strecken hießen *agri divisi et assignati;* die Vermessung geschah namentlich bei Einverleibungen von Gemeinden, zur Schirmung gegen willkürliche Besitzergreifung seiten der Privaten und bei Ansiedlung von Colonien. Das vermessene Gebiet ward entweder durch *limitatio s. centuriatio* in gleichseitige Vierecke (*centuriae*, ursprünglich für *centum viri*), oder durch *assignatio in strigas et scamna* (d. h. längliche Vierecke, welche eigentlich halbirte *centuriae* darstellten) abgetheilt: bei jenen heißen die Linien *limites*, bei diesen *rigores;* der durch die *rigores* umschriebene Streifen ist eine halbirte, zerstückelte Centurie: „Centuriation und Strigation verhalten sich also wie Stiftung und Zerstörung einer Gemeinde, der *centuriatus ager* ist der freie Römische, der *strigatus* und *scamnatus* der unfreie Provinzialboden."

Die Bezeichnungen: *fundus*, *locus* und *finis* verhalten sich zu den verschiedenen Vermessungs- und Abtheilungsweisen gleichgültig. *Fundus* ist ein Grundstück, das eine wirthschaftliche Einheit zu bilden bestimmt ist, und möglicherweise nur einen Theil einer Centurie, Striga oder eines Scamnum ausmacht, oder auch einen Complex mehrerer solcher umfaßt, oder bloß ein arcifinisches Gebiet enthält. Die Marklinie zwischen mehreren *fundi* ist der *finis*, ein schmaler Strich von 6, meist 5 Fuß, zu welchem jeder Angrenzende, mochte das Land vermessen seyn oder nicht, die Hälfte der Breite dergestalt hergeben mußte, daß der Nachbar seinen *fundus* bis zur Mitte des *finis* bepflügen konnte; er blieb im Privateigenthum, und erschien nur als mit einer Legallast des Pflugwegs (*actus*) und der Anwende (*circumactus aratri*) belegt (*Gromatici ed. Lachmann, p. 126. 144. 269*; *Cic. de leg. 1, 21*). *Locus* bezeichnet im Unterschied vom *fundus* ein einzelnes Stück desselben. *Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi; fundus autem integrum aliquid est, et plerumque sine villa locum accipimus. Ceterum adeo opinio nostra et constitutio locum a fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eam habuimus. Non enim magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio; et quaelibet portio fundi poterit fundus dici, si jam hoc constituerimus; nec non et fundus, locus constitui potest, nam si eum alii adjunxerimus fundo, locus fundi*

efficietur. Loci appellationem non solum ad rustica, verum ad urbana quoque praedia pertinere, Labeo scribit. Sed fundus quidem suos habet fines, locus vero latere potest, quatenus determinetur et definietur (Ulp. in *fr. 60. D. de V. S.*). Rudorff Ueber Behandlung und Benennung der Ländereien bei den Römern (s. Böcking Pand.-Inst. I. Anhang VIII. S. 34—43) und Puchta Curs. d. Instit. II. § 223 a. E.

II.

Pertinenzen.

Zu § **434**] Die Stücke einer Heerde stehen im Verhältniß der Coordination, es kann aber der Begriff der Sacheinheit auch auf sachliche Subordinationsverhältnisse erstreckt werden, denn gewissen Sachen von hervorragender Bedeutung wird eine Attractionskraft beigelegt, vermöge deren andere Sachen so in den Dienst jener gestellt erscheinen, daß sie, ohne zu eigentlichen Theilen (*partes*) derselben zu werden, doch rechtlich in ihnen aufgehen. Wir nennen sie Zubehör, Hülfssachen, Pertinenzen. In den Quellen kommen vorzugsweise Pertinenzen von Grundstücken vor, unter Bezeichnungen, wie: ***cedunt aedibus, sequuntur aedes, quasi pars aedium sunt*** oder ***propter aedes habentur.*** Oft ist die Grenze gegenüber dem eigentlichen Theil-Begriff schwer festzustellen, doch läßt sich im Allgemeinen sagen, daß nicht Theil, sondern Pertinenz alles dasjenige ist, was nicht zur vollständigen Herrichtung, sondern blos zur Ausrüstung (und etwa Verzierung) der Hauptsache dient; dieser Gegensatz scheint es zu seyn, welcher von Labeo (in *fr. 242. pr. D. de V. S.*) auf Mastbaum (***malus***) und Bramsegel (***artemon***) angewendet wird: jener sei Theil, dieses aber Pertinenz (*? „**adjectamentum**"*). Man hat behauptet, daß nur ein Grundstück Pertinenzen haben könne (Böcking Pand.-Instit. I. § 81 z. A. u. Andere): indeß stehen den Grundstücken jedenfalls Schiffe und Schiffsmühlen gleich, und warum sollte nicht die auf den Leib eines Sklaven gefertigte Kleidung als dessen Pertinenz gegolten haben? Ist doch der menschliche Körper von so eminenter Prävalenz, daß er noch als Leichnam den Platz an sich zieht und gleichsam zu seiner Pertinenz macht, nach dem Ausspruche Ulpian's: ***naturaliter videtur ad mortuum pertinere locus*** (*fr. 4. D. de relig. 11, 7*).

Entscheidend ist für den Pertinenzbegriff, daß die Hauptsache vermöge ihrer Artbeschaffenheit regelmäßig nicht durch andere Sachen bestimmt werden, vielmehr im Gegentheil nur sie bestimmen kann; eine solche natürliche oder objective Prävalenz wohnt aber vornehmlich den Immobilien, nicht so den Mobilien inne, daher wenn eine Mobilie der anderen dienen soll, in den meisten Fällen die reine Willkür des Menschen entscheidet, in dem Schwanken der einzelnen Situationen die typische Norm verloren geht, und die Frage der Zugehörigkeit zu einer Interpretationsfrage herabsinkt; denn ob der Vogelbauer oder der Vogel (*fr. 66. D. de **legat. III.***), die Gemme oder der Gold-

reif (*fr. 19. § 13—19; fr. 20. 32. § 1. D. de auro leg. 34, 2*) die Hauptsache sei, hängt sehr von den jedesmaligen Umständen und der Neigung, Sitte und Werthschätzung des Besitzers ab, die Pertinenzqualität aber muß einen objectiven Rückhalt in der Beschaffenheit der Sache an und für sich haben; so ist gewiß, daß ein Grundstück nicht Pertinenz einer Mobilie seyn kann, es müßte denn diese eben ein Menschenleib seyn; ja ich möchte behaupten, daß ein Grundstück überhaupt nicht Pertinenz einer anderen Sache, selbst nicht eines Grundstücks, seyn kann (was freilich mit Hinblick auf *fr. 31. D. de legat III.* und *fr. 20. § 7. D. de instr. leg. 33, 7* bestritten ist). Der Ausspruch des Paulus in *fr. 66. D. cit.*, daß *avibus legatis et aviaria debebuntur*, will nur eine Interpretations-, nicht eine Eigenschaftsfrage erledigen und begründet nur eine factische Präsumtion, die Pertinenzeigenschaft dagegen enthält mehr als eine Präsumtion, denn ihre praktische Bedeutung geht dahin, daß eine Pertinenz unbedingt das rechtliche Schicksal der Hauptsache theilt, sofern nicht rechtzeitig und in der (etwa erforderlichen) rechtsgeschäftlichen Form die Pertinenz ausdrücklich von der Verfügung ausgenommen ist; sollte also z. B. aus Uebersehen (Vergeßlichkeit oder Unkenntniß) überhaupt kein die Pertinenz betreffender Wille vorhanden und erklärt worden seyn, so folgt doch immer die Pertinenz der Hauptsache; der Grund davon, daß sie mit unter die jetzige Verfügung fällt, liegt nicht in einer dermaligen, sondern in einer früheren Willensrichtung des Disponenten, die bis auf Weiteres die Sache in die bestimmte rechtliche Lage gebracht hat. Der Vogelbauer folgt dem Vogel nur, sofern wahrscheinlicher Weise der Testator oder Verkäufer diesen Willen gehabt hat, aber das Bramsegel folgt dem Schiffe, der Weinpfahl dem Weinberg, auch wenn nachweislich weder Verkäufer, noch Käufer an das Bramsegel oder den Pfahl gedacht haben.

III.

Zinsen und Impensen.

Zu § **434**] I. In den Quellen werden sehr häufig mit den *fructus* die *usurae* zusammengestellt, z. B. bei Gai. 2, 280, und mit den *usurae* stehen in Betreff des hier zutreffenden Gesichtspunktes die *reditus et pensiones*, welche als Aequivalent für den überlassenen Gebrauch nicht vertretbarer Sachen zu leisten sind, z. B. *merces*, *vectura*, auf Einer Linie. Ulpian sagt: *mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum; operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones; item vecturae navium et jumentorum* (*fr. 29. D. de her. pet. 5, 3*); *usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari* (*fr. 34. D. de usur. 22, 1*); *praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur* (*fr. 36. eod.*). Hieraus haben die Neueren den Begriff der *fructus civiles* gebildet, welchen sie den *fructus naturales* und *industriales* zur Seite stellen, und man bezeichnet dieselben als *accessio sortis*. Doch wird in den Quellen richtig der Unterschied hervorgeho-

als einziger dem 23. Februar angehängter Zeitpunkt. In einzelnen Anwendungen blieb das Romulische Jahr auch fortan bestehen. Infolge der von Julius Cäsar unternommenen Kalenderreform ward das Jahr zu 365 Tagen gerechnet (Julianischer Kalender: *Suet. Jul. c. 40*), und die Ausgleichung mit den Naturverhältnissen durch Einfügung eines Schalttags (*dies intercalaris*) in den Februar, nämlich als 24. Februar gesucht; dieser Tag (*posterior dies*) bildete rechtlich eine Einheit mit dem folgenden Tage (25. Februar, s. g. *prior dies*), und beide hießen zusammen *bissextum*, weil es als eine Verdoppelung des 6. Tages vor den Kalenden des März erschien. *Cum bissextum Kalendis est, nihil refert, utrum priore, an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est; nam id biduum pro uno die habetur*; *sed posterior dies intercalatur, non prior. Ideo quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, cum bissextum Kalendis est, priorem diem natalem habet* (Cels. in *fr. 98. cit. jct. fr. 3. § 3. D. de minor. 4, 4*). Vergl. Glück Commentar Thl. III. S. 576—581. Ideler Handb. d. Chronologie II. S. 117 ff. Schilling Institut. II. § 99. Zusatz. v. Savigny System IV. S. 453—479. Marquardt, Alterth. IV, S. 438—463. Mommsen Röm. Chronologie (2. Aufl. Berl. 1859) und *Corpus inscript. latin. I.* Anhang 2: p. 293—412. Hartmann, Der *Ordo Judiciorum* und die *judicia extraordinaria* d. Römer, I. Thl. (Gött. 1859).

II.

Die *res mancipi*.*

Zu § 459] Die Eintheilung in *res mancipi* und *nec mancipi* ist mehr eine Unterscheidung der Rechtsgeschäfte als der Rechtsobjecte, denn nur so hat es einen Sinn, daß die Rusticalservituten mit zu jenen gerechnet und freie Personen neben den *res mancipi* genannt wurden. Es ist daher dieser Eintheilung bei der Mancipation, und nicht bei den Sachen zu gedenken, und zu sagen: Es konnten an gewissen Arten Sachen Eigenthum, und an Grundstücken Rusticalservituten im Wege der Mancipation übertragen, bez. begründet werden. *Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae collo dorsove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt*; *elefanti et cameli quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt* (*Ulp. fragm. 19, 1*). *Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur* (Gai. 1, 120). Ueber die vielbesprochenen Perlen (die nicht *res mancipi* sind) s. Dirksen Verm. Schriften I. No. 4. und Huschke i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XII. No. 9.

Daß einem Volke, welches die *manus* als Symbol rechtlicher Herrschaft verstand, die Fünfzahl der Finger eine Grundzahl für Organisa-

*) Vergl. oben Excurse S. 67—71. 85—92.

tion staatlichen wie privatrechtlichen Handelns und gleichsam das volle Maß häuslicher Umgebung seyn mußte, liegt nahe zu denken. Nach Dionys. 2, 15 ertheilte schon Romulus dem *paterfamilias* das Recht, den *partus monstruosus* vor 5 Recognitionszeugen (Nachbarn) zu tödten. Demgemäß dürfte die Fünfzahl der Mancipationszeugen nicht als Darstellung der 5 Servianischen Classen, sondern als eine coordinirte und selbständige Anwendung der Grundzahl anzusehen seyn. Keine Spur findet sich in den Quellen von jener vermeintlichen Abbildlichkeit, und immer scheint das *gerere per aes et libram* speciell als ein Privatact gegolten zu haben.*

III.

Fictionen und Präsumtionen.

Zu § **445. 449**] Die Aufgabe des Rechts ist, eine Ordnung des Lebens zu seyn; das Leben aber besteht aus wirklichen Thatsachen, und daher hat es das Recht eigentlich nur mit thatsächlichen Vorgängen, Zuständen und Verhältnissen zu thun. Indeß vermag das Recht, da es immer die Tendenz hat, sich in und aus sich selbst zu einem System zu gestalten, nicht überall und jederzeit das Thatsächliche ganz zu erreichen. Es tritt dann eine Art Nothstand des Rechts ein, welchem mit Nothbehelfen zu Hülfe zu kommen ein Bedürfniß wird. Solche juristische Nothbehelfe sind die Fictionen und Präsumtionen. Vergl. Demelius die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung (Weim. 1858); dazu Arndts i. d. krit. Vierteljahrsschrift (Münch.), I. S. 93ff. Ihering Geist d. R. R. III. S. 284—292. Burckhard, die civilistischen Präsumtionen (Weim. 1866).

1. Fiction ist die rechtliche Annahme einer Thatsache (einer positiven oder negativen) im Widerspruch mit der Wirklichkeit, zu dem Zweck, um gewissen Rechtssätzen, welche vom Standpunkt der *aequitas* oder *utilitas* aus verlangt werden und doch mit den Mitteln des bisher geltenden Rechts nicht zu begründen sind, auf künstlichem Wege eine historische oder dogmatische Grundlage zu schaffen. Historische Fictionen kommen namentlich im Prätorischen Edict zahlreich vor, z. B. zur Begründung der *Publiciana in rem actio*, einer der civilen *rei vindicatio* nachgebildeten Klage,** welche, gewissermaßen auf der ausgesprochenen Fiction vollendeter Ersitzung der Sache beruhend, vom Prätor durch diese Fiction an das geltende Recht der civilrechtlichen Vindication angeknüpft wurde. Die Fiction leistete hier einen doppelten Dienst: sie milderte den Schein der Willkürlichkeit des Prätor, welcher die neue Klage schuf, und sie reihte zugleich die junge Klage ein in ein fertiges System geläufiger Anschauungen und bewährter Typen. Rein dogmatische Fictionen sind z. B. die vom *embryo* und *defunctus superstes*.†

*) Ueber die *mancipatio* als Moment der Rechtsgeschichte s. oben Excurse S. 127—129. u. über den Mancipationsritus s. unten Excurse zu Kap. 18. **) Vergl. Cursus § 234. 521. u. Excurse S. 226. sub 13). †) s. Cursus § 366 u. Excurse S. 365. 366.

2. **Präsumtion** ist die rechtliche Annahme einer Thatsache (einer positiven oder negativen) im Zweifelsfall und bis zum Beweise des Gegentheils. Im Leben wird zwar überhaupt meistens mit bloßen Wahrscheinlichkeitsgründen gerechnet, und auch der Richter ist gar oft in der Lage, Etwas für wirklich zu nehmen, was bloß wahrscheinlich ist: allein dabei handelt es sich nicht um einen Rechtssatz, welcher über dem Richter steht, sondern um ein freies Ermessen des Richters, welcher seine Entscheidungsgründe aus der thatsächlichen Situation des einzelnen Falls entnimmt (*quaestio facti*). Eine **Rechtspräsumtion** aber ist ein objectiver Rechtssatz, welcher anordnet, daß unter gewissen Umständen — ohne Rücksicht auf die weiteren Modalitäten der Situation — eine Thatsache als wirklich angenommen werden soll, so lange nicht voller Beweis des Gegentheils geführt ist. Demgemäß weiß hier der Interessent im Voraus bestimmt, daß diese Präsumtion ihn als Klägern im Proceß der Last der Beweisführung überhebt. Beispiele: die Handlung des Rückgebens des Schuldscheins an den Schuldner seiten des Gläubigers begründet die Rechtsvermuthung, daß der letztere auf seinen Anspruch verzichtet hat (*Paul. fr. 2. § 1. D. de pact. 2, 14*); Durchstrichenseyn eines Schuldscheins begründet die Rechtsvermuthung der Liberation (*Mod. fr. 24. D. de probat. et praesumt. 22, 3*); Geburt eines Kindes während der Ehe gilt als eheliche Geburt, so lange nicht die Unmöglichkeit, daß der Ehemann sein Erzeuger sei, nachgewiesen ist (*Paul. fr. 5. D. de in jure voc. 2, 4*).* Eine Rechtsvermuthung auf seiner Seite zu haben, ist ein Vortheil, welcher hier und da zum Besten mancher Personen gesetzlich als Privileg aufgestellt wird: es gilt z. B. von einem *pupillus, minor, miles*, oder einer *mulier*, welche die *condictio indebiti* anstellen, im Zweifel, daß die bewirkte Zahlung eine irrthümliche gewesen, während sonst der Kläger hier beweisen muß: *quod per dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum* (*Paul. fr. 25. pr. § 1. D. de prob. 22, 3*).

3. Gewissermaßen in der Mitte zwischen beiden Rechtsfiguren steht die s. g. *praesumtio juris et de jure* (qualificirte Rechtsvermuthung). Man versteht darunter die rechtliche Annahme einer zweifelhaften Thatsache ohne Zulassung eines Gegenbeweises: z. B. der in der späteren Römischen Praxis ausgebildete Rechtssatz, daß eine Stipulation als wirklich gesprochen gilt, wenn in die *inter praesentes* vollzogene Urkunde die Stipulationsclausel aufgenommen worden ist (*Paul. Sent. rec. V, 7. § 2*).** Hier liegt keine eigentliche Fiction vor, sofern ja möglicherweise jene Annahme mit der Wirklichkeit übereinstimmt, — und auch keine einfache Präsumtion, weil die Annahme auch gegenüber dem etwaigen Nachweis des Gegentheils aufrecht bleibt.

---

*) s. Cursus § 750. **) s. Cursus § 656.

Dritter Abschnitt.

Die Reactionen der Privatpersönlichkeit.

(Rechtsmittel.)

XII—XIV. Kapitel.

Allgemeines über den Schutz der Rechte.

(Zu § 467-483)

I.

Recht und Proceß.

Daß das einzelne Recht (oder Rechtsverhältniß) und der darüber geführte Rechtsstreit zwei selbständige und neben einander verlaufende Lebenserscheinungen (Organismen) sind, ist eine der entwickelten Reflexion angehörige Vorstellung; dem Stadium naiven Rechtslebens ist sie fremd. Wir sehen allenthalben, daß in den Ursprüngen der Volksrechte noch nicht zwischen Rechtsverkehr und Rechtspflege bewußt unterschieden wird;* das Rechtsleben hilft sich durch präventive Cautelen und bedarf regelmäßig noch nicht nachträglicher Heilungsmittel. Das Leben und die Diätetik sind noch zu einfach, um erhebliche Krankheitstypen zu gebären. Aber sobald die feineren Störungen überhand nehmen, beginnt der Rechtsstreit einen Anlauf zu machen, welcher zur Ausbildung eines eigenen Proceßorganismus hinstrebt, und nun beginnt der reifende Rechtssinn mit Fragen des Wechselbezugs und Zusammenhangs der civilistischen (materiellen) und der processualen (formalen) Seite der Rechte sich zu beschäftigen. Hier treten dann nationale Differenzen hervor.

Den Germanen erschien das Streiten des Klägers als eine Beschwerde, welche sich an den Richter wendet. Es ist daher erklärlich, daß hier alles auf Beweisführung ankam, und das Recht gleichsam an der Seite seiner Erweislichkeit angefaßt wurde. Das Proceßsystem war ein Beweissystem, und so lag es nahe, die Rechte nach den Arten und Privilegien des Beweises zu unterscheiden. Man möchte behaupten, daß, so lange das Rechtssystem noch nicht völlig geschieden war vom Proceßsystem, die Systematik des germanischen Rechts wesentlich eine Systematik des Processes, des Beweises war. Es war gleichsam die streitbare Ausrüstung, wonach die Rechte sich unterschieden

---

*) s. Cursus § 93.

und gruppirten; wie am Helmzeichen und Schildwappen die Ehre und Stellung des Mannes in Staat und Gemeinde erkannt wurde, so die Art der Rechtsverhältnisse an ihrem processualen Gang und Rang. Die Beweismodalität war eine Qualität des Rechts selbst.

Im Römischen Recht der geschichtlichen Zeit dagegen sehen wir kaum noch einzelne Reste davon, daß einmal die Rechte in der Schale des Processes verborgen gewesen seien. Ein solcher Rest ist die Ansicht früherer Rechtslehrer (Servius, Sabinus), daß es vier Arten des *furtum* gebe, wogegen Labeo richtig bemerkte, daß das *furtum conceptum* und *oblatum* nicht *genera furtorum,* sondern *species actionum* (wobei die Beweisfrage eine Hauptrolle spielte) seien (*Gai. 3, 183*). Später wird überhaupt nur selten auf die Beweisfrage der Accent gelegt, wie z. B. noch bei der *condictio indebiti* zu Gunsten gewisser Personen, oder bei dem *interdictum quod vi aut clam* (s. Cursus § 736 u. 737; — *fr. 5. § 10. D. de O. N. N. 39, 1*).

Dem Römer erschien das Ansprechen des Staatsschutzes nicht als ein Klagen, sondern als ein Handeln (*agere, actio, persecutio*), d. h. als ein gegen den Störer gerichteter Angriff und gleichsam als eine Selbstbewährung des geltend zu machenden Rechts. Darum mußte hier vor Allem bei der Formirung des Angriffs das innerste und eigenste Wesen des Rechts hervortreten, alles Aeußerliche und Zufällige bei Seite fallen, und der civilistische Kern entblößt werden. Von der Art dieses Kerns hing die Art des Processes ab; nicht der Proceß bestimmte das Recht, sondern das Recht den Proceß, und die Rechte erschienen nicht als processuale Phänomene, sondern die Processe als civilistische Phänomene. Die *legis actiones* der Pontifices und die *actiones honorariae* des Edicts machen hiervon keine Ausnahme; diese Actionen waren gleichfalls durchaus civilistische Körper, die durch und durch ihre rechtliche Bestimmtheit von den materiell rechtlichen Elementen, wie von ihrer Seele, empfingen. Die hier immer so gern vom Proceßwesen ausgehenden neueren Romanisten sollten am Gegensatz des germanischen Rechts erkennen, was es heißt, wenn ein Rechtssystem wirklich und eigentlich vom Proceßwesen aus sich bildet. Freilich trat das Bewußtseyn der neuen Rechte zuerst im Rechtsstreit deutlich hervor,* allein es ist geradezu eine Verkehrung der Wahrheit, wenn man sagt, das Römische Recht sei aus dem Proceß hervorgegangen. Der Römische Civilproceß ist vielmehr ein civilistisches Rechtsgeschäft, die *lis* ein *negotium* und ihre Wirkung eine Art Obligatio gewesen.

Wie konnte es auch anders seyn bei der ganzen Anlage des immer direct auf die juristische Substanz eindringenden Rechtssinns der Römer! Der einfachste Sinn des Civilprocesses ist ja Bewährung des Rechts**: eine Potenz aber, die sich bewähren und gegen Störung behaupten will, muß eben sich ganz in sich zusammennehmen, ihre ganze Kraft unter Waffen rufen, und sich enthüllen, nicht verstecken. Diese

*) Vergl. oben Excurse S. 261. **) Vergl. oben Excurse S. 142. 214.

Art und jener Gegensatz lassen sich leicht illustriren durch einen Vergleich, welcher dem Innern des Volksgeistes näher seyn möchte, als auf den ersten Anblick scheint. Dem südlichen Klima Italiens eignet es, freier den Körper selbst hervortreten zu lassen: demgemäß tritt auch im Wettstreit der Rechte jedes Recht fast unverhüllt und gleichsam spiegelklar hervor. Dem nördlichen Klima mit seinen Wäldern, Nebeln und Schatten ziemt es mehr, in schützender wallender Gewandung und Bewehrung aufzutreten: so tritt da auch das Recht beim Streit in schwerster Rüstung und mit allen Abzeichen der Kampfart auf; nur spärlich blickt zwischen den Lücken des Proceßapparats der versteckte Körper des Rechts, die civilistische Substanz, hervor. Wenn wir den (alt-) römischen Civilproceß einen Ringkampf mit bloßem Leibe, den germanischen ein Turnier mit aller Ausstattung und Gefahr des Waffenwerks nennen, so treffen wir wohl die ungefähre Wahrheit; es muß aber hinzugefügt werden, daß in jenem Proceßtypus das Verfahren bereits einen völlig civilisirten, urbanen Gesellschaftszustand spiegelt, während bei diesem Typus noch die ungezügelte Lust am Kriegswerk und die Gewohnheit ritterlichen Fehdestandes an allen Punkten durchblitzt.*

Es leuchtet zudem ein, daß mit diesem Unterschied weiter eine verschiedene Auffassung der Beweisführung zusammenhängt. Dem Germanen, welchem diese als ein Stück des Rechts selbst erschien, ward die Rolle der Beweisführung selbst zum Recht: er sprach von einem Recht der Beweisführung. Wie anders nimmt sich diese Rolle im Römischen Civilproceß aus! Hier verläuft die Beweisführung unabhängig neben und nach der Rechtsbehauptung, und folglich muß dabei die reine Art des Beweises, eine Last zu seyn, hervortreten: der Römer sprach daher von jeher von einem *onus probandi.*

Ueber die Bedeutung der Klage im allgemeinen System der juristischen Begriffe ist in neuerer Zeit viel gestritten worden. Es handelt sich dabei nicht sowohl um die processuale Behandlung der Klagen, sondern vielmehr um das Wesen der Klage als eines civilistischen Phänomens, d. h. als einer von dem Rechtsverhältniß selbst ausgehenden, gewissermaßen organischen Kraftwirkung, welche mithin aus der Natur und Art der Rechtsverhältnisse begriffen werden muß. Ein verbreiteter Fehler ist, anzunehmen, daß die Klage etwas von Außen her zu dem Rechtsverhältniß Hinzukommendes, etwa durch besondere Sanction Gewährtes und nur mechanisch oder künstlich Zugehöriges sei; wenn dies wäre, so müßte vom Begriff der Naturalobligation ausgegangen, jede klagbare Obligation als eine potenzirte Obligation, und die Betagung der Rechte (*dies — actio nondum nata* —) als das Normalverhältniß betrachtet werden. Die Klage ist vielmehr gleichsam ein Naturproduct aus dem innern Wesen des Rechtsverhältnisses selbst, und die Klagbarkeit der (Privat-) Rechte ist ohne Weiteres gesetzt mit den ersten Fundamenten des Rechts- und Staatswesens.

*) s. oben Excurse S. 143.

Ein Naturforscher sagt: „Die Heilkraft der Natur ist keine eigenthümliche Kraft, sondern sie beruht auf einer Reihe glücklicher Einrichtungen, vermöge deren die krankhafte Störung selbst die Thätigkeiten in Bewegung setzt, die zur Vernichtung oder Unschädlichmachung der Störung führen können: sie ist in der That nichts Anderes, als die ursprüngliche körperbildende und lebenerhaltende Thätigkeit selbst in ihrem Verhalten gegen die störende Außenwelt und gegen die durch letztere gesetzten inneren Störungen." So ist auch die Klage das Rechtsverhältniß selbst im pathologischen Zustand und in der (kraft seiner Natur) reagirenden Action, und was der Staat als Rechtsanstalt hierbei leistet, ist im Grunde nichts Anderes, als was er zur Verwirklichung der Rechtsordnung überhaupt beiträgt.* Der Staat drückt durch seinen Beamten dem Schutzverfahren den Stempel officieller Weihe auf und wahrt das Metrum der Rechtshülfe: er assistirt eigentlich nur den miteinander handelnden Parteien und schützt etwa den Sieger bei endlicher Durchsetzung des entsprechenden Erfolgs. So war es im ältesten Legisactionenproceß;** wenn der Staat mehr thut, die Instruction, die Execution, wohl gar die sachliche Entscheidung selbst in die Hand nimmt, so ist das eben eine künstliche Complication des Processes, mit welcher die reine Idee der Klage nichts zu thun hat.

Mit der eben erörterten Frage sehen wir in jenem zwischen Windscheid (Die Actio des Römischen Civilrechts vom Standpunkt des heut. R. Düsseldorf 1856) und Muther (Zur Lehre v. d. Röm. Actio. Erlang. 1857) geführten Streite eine andere Frage sich mengen. Es ist etwas Wahres an der Behauptung des Ersteren, daß die Römer die Actionen als selbständige, von den Rechten unabhängige Realitäten ansahen, allein das gilt meines Erachtens nicht von den *Actiones*, sofern darunter die processualen Rechtsbehelfe verstanden werden, denn in der That und Wahrheit gewährten das Edict und die Praxis, wenn sie Klagtypen aufstellten, damit zugleich die Rechte selbst, welche in der Klage ihren Schutz haben sollten; nur bei Obligationen, für welche der Ausdruck „*actio*" überhaupt recht eigentlich der technische ist (im Unterschied von „*petitio*" für dingliche Klagen), und wo er oft geradezu als gleichbedeutend mit dem Worte „*obligatio*" gebraucht wird, verbirgt sich in ihm noch eine andere Idee. Die Obligatio als ein Recht an übersinnlichen Objecten (dem Willen des Schuldners) kann nicht einen so einfachen, sich mit der Sinnlichkeit berührenden Ausdruck annehmen, wie das Eigenthum im Besitz, aber es strebt, wie jedes Recht, danach, an die Sinnlichkeit sich anzulehnen, denn es gewinnt damit eine gewisse körperhafte Consistenz und praktische Handlichkeit, in welcher dann auch der Proceß seine Handhabe findet. Worin anders nun kann die Obligatio, nachdem mit der etwaigen *stipulatio* der flüchtige Körper des Wortes (*verborum figura*) verhaucht, und wenn keine Scriptur con-

*) Vergl. oben Excurse S. 211. sub II. **) s. ebendas. S. 215.

cipirt ist, Form und Körper gewinnen, als in den Maßregeln, welche einen Druck auf den Willen des Schuldners zu üben geeignet sind? Das Drängen und Mahnen, das Klagandrohen, das Vorgerichtfordern (bis an die Schwelle des Magistrats) ist gleichsam ein Besitzen der Forderung, und insofern erscheint die obligatorische *actio* als ein civilistisches Analogon der *possessio*. Aber freilich, dieselbe Schwierigkeit, welche dem Besitzproblem anhaftet,* verdunkelt das Terrain des Actio-Begriffs. S. meine Darstellung jenes Streites in Schletter's Jahrbb. der deut. Rechtswiss. V. (1859), besonders S. 14—16. Vergl. dazu v. Bethmann-Hollweg d. Röm. Civilproceß II. S. 208.

II.

Die *in integrum restitutio,* ihre civilistische Natur und systematische Stellung.

(Zu § 480)

A. So wenig das Wunder sich aus dem normalen Gang der Welt erklären läßt, so wenig die *in integrum restitutio* aus dem *tenor juris*. Bis heute streitet man darüber, was die *in integrum restitutio* im letzten Grunde sei.

Die *in integrum restitutio* ist vom Prätor ausgegangen, allein wir treffen in ihr keineswegs den geschichtlichen Gegensatz des Civil- und Honorarrechts; vielmehr ist die Prätorische *causae cognitio* behufs Restituirens ein ganz besonderes an das Tribunal des Prätor geknüpftes allerhöchstes Reservatrecht: der Vorbehalt, im einzelnen Falle dem rollenden Rad der Gerechtigkeit in die Speichen zu greifen und im Widerspruche mit der Wirklichkeit auszusprechen, daß eine Thatsache geschehen oder nicht geschehen sei. Solches erklärte der Prätor da thun zu wollen, wo in eclatant unbilliger Weise durch die Consequenz des Rechtsverlaufs Jemandem ein erheblicher Vermögensschaden zugefügt worden ist. Der Prätor begnügt sich hier nicht mit der Gewährung eines einfachen Rechtsmittels, sondern er greift den Schaden an der Wurzel an, indem er die Thatsache negirt, welche den Rechtsgrund aller schädlichen Folgen enthält.

In vielen Fällen könnte durch Gewährung einer einfachen Klage oder Einrede das Gleiche erreicht werden, und in der That neigte sich das spätere Römische Recht dazu, in den Platz gewisser Fälle der *in integrum restitutio* geordnete Klagrechte einrücken zu lassen, und demgemäß schränkte sich das Gebiet dieses *extraordinarium auxilium* beträchtlich ein. Allein auch neben solchen analogen Klagen kann die *in integrum restitutio* noch immer einigen Dienst leisten: denn a) sie gewährt, indem sie die erzwungene Handlung selbst negirt, dem *coactus* die verloren gewesene *rei vindicatio*, nicht bloß eine persönliche

*) Vergl. unten Excurse No. I. zu Kap. 16.

Klage, und verschafft daher im Fall des Concurses des Beklagten dem Restituirten die Vortheile des Eigenthümers; b) sie hilft dem Betrogenen nicht bloß dem Betrüger selbst, sondern auch dem Dritten gegenüber, an welchen der Implorant zufolge des Betrugs etwas veräußert hat.

B. Nicht bloß vor dem Tribunal des Prätor, sondern auch vor dem Thron des Princeps erzeugten sich Restitutionsfälle: so konnte *beneficio Principis* ein *servus poenae* restituirt werden (*fr. 1. § 4. D. ad Sct. Tertull. 38, 17*). Analog sind der *in integrum restitutio* auch die s. g. *natalium restitutio** und die s. g. *transmissio ex capite in integrum restitutionis.***

C. Wie man streitet, was die *in integrum restitutio* im letzten Grunde sei, so auch, welcher Platz ihr im System des Privatrechts gebühre. Die Antwort ergibt sich aus der Berücksichtigung folgender zwei Momente: a) die sachliche Natur der *in integrum restitutio* besteht darin, daß sie eine Fiction enthält (Böcking Pandekten d. Röm. Privatrechts, Bd. I. 2. Aufl. § 132. Röm. Privatrecht, 2. Ausg. S. 73), denn die Wiederherstellung des vor der Verletzung gewesenen Zustandes wird eben dadurch erreicht, daß die jenen schädlichen Erfolg herbeiführende Thatsache selbst für nicht geschehen erklärt, also das Gegentheil der Wirklichkeit rechtlich angenommen wird. Von diesem Gesichtspunkt aus würde die *in integrum restitutio* in die Lehre von den Thatsachen, bez. von den Erwerbs- und Verlustgründen der Rechte (s. Cursus § 445), genauer angegeben: etwa neben die Lehre vom *postliminium rerum* (s. Cursus § 453) zu stellen seyn, und in diesem Sinn stellt Windscheid in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts die *in integrum restitutio* an den Schluß des Kapitels, welches von Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte handelt (Bd. I. § 114—120). Allein es ist dabei außer Augen gelassen, b) daß die *in integrum restitutio* sich von dem Gebiete der einfachen Fictionen durch ein formelles Moment abhebt: dies ist die *causae cognitio.* Die Fiction wird hiernach immer nur auf Antrag des Betheiligten und auf Grund eines amtlichen Verfahrens ausgesprochen, wodurch die *in integrum restitutio* sich als eine Analogie der *missio in possessionem* darstellt und den Rechtsmitteln einreiht. Demgemäß ist ihr im Cursus die Stellung in der Lehre von den Rechtsmitteln gegeben worden.

*) s. Cursus § 372. **) s. Cursus § 853.

ZWEITES BUCH.

Die einzelnen Arten der Privatrechte.

Erster Abschnitt.

Das Sachenrecht.

XV. Kapitel.

Einleitung.

(Zu § 484-486)

Ueber die Stellung des Pfandrechts im System.

Zu § 485] Im Cursus ist die rechtliche Natur der Hypothek als eines dinglichen Rechts in den Vordergrund gestellt, und demgemäß dem Pfandrecht auch seine systematische Stellung in der Lehre vom Sachenrecht angewiesen worden. Ehemals war hierüber keine Frage; allein in neuerer Zeit wollen Manche das Pfandrecht in die Lehre von den Obligationen einreihen. Diese dogmatische Neigung scheint durch Büchel's Erörterung über die Natur des Pfandrechts (Marb. 1833) vorbereitet worden zu seyn, denn wenn auch dessen Aufstellung, daß das Pfandrecht ein Forderungsrecht (gegen eine Sache) sei, mehr Gegner, als Anhänger gefunden hat (s. Windscheid Lehrb. d. Pand.-R. I. § 224. Anm. 8), so ist man doch hauptsächlich seitdem darauf aufmerksam geworden, daß in der That das Pfandrecht nicht bloß ein Accessorium der Obligatio ist, sondern auch manche Analogien zum Forderungsrecht zeigt, und der quellenmäßige Ausdruck „*obligatio rei*“ civilistische Bedeutung hat (Arndts Lehrb. d. Pandekten § 364. Anm. 3; Regelsberger z. Lehre v. Altersvorzug d. Pfandrechte. Erlang. 1859. S. 14). Demgemäß hat zuerst Arndts (Grundriß zu Pandektenvorlesungen, Münch. 1840; dann i. d. krit. Jahrbb. VII. S. 300. u. im Lehrb. d. Pand. § 126. Anm. 2) mit Nachdruck die Einfügung des Pfandrechts in die Lehre von den Obligationen vertheidigt, und seitdem auch Wächter (Handb. des im Kgrch. Württemberg gelt. Privatrechts 1839 bis 1847. I. S. 549. II. S. 319) sich in demselben Sinn erklärt hat, sind Mehrere nachgefolgt. Deurer (Grundriß f. äußere Gesch. u. Institut. d. R. R. Heidelberg 1849. § 180. S. 316) formulirte diesen Gedanken dahin, daß das Pfandrecht ein erweitertes (nämlich gewisse Executionsobjecte ergreifendes) Forderungsrecht sei, und wie er und Arndts, so hat auch Müller (vergl. dessen Lehrb. d. Institutionen, § 61. Anm. 1) das Pfandrecht in die Lehre von der Sicherung der Obligationen gestellt.

Bei dieser Placirung ist wohl das Zweckmoment maßgebend gewesen, denn unzweifelhaft ist das Pfandrecht seiner civilistischen Natur nach dem Forderungsrecht durchaus nicht gleichartig, während eben so unzweifelhaft ist, daß in der Praxis Hypothek und Obligatio immer zusammen gehen, diese die Herrin, jene die Dienerin ist. Allein es ist dagegen zu bemerken, daß sonst das civilrechtliche System nicht nach praktischen, sondern nach theoretischen Gesichtspunkten geordnet, und es didactisch mißlich ist, eine so umfassende Materie fremdartiger Structur in den Rahmen des Obligationenrechts hineinzudrängen. Der Kern des Pfandrechts liegt offenbar in dem Karakter der Pfandklage als einer *in rem actio,* und die Bedeutung dieses Umstands wird für die Anschauung bedenklich abgeschwächt durch Hervorkehrung jenes Zweckmoments; kein Gegensatz kann sich im ganzen System des Privatrechts an Bedeutung messen mit dem der s. g. absoluten und relativen Rechte, oder der *actiones in rem* und *in personam,* und so muß denn auch das System im Ganzen und im Einzelnen darauf hinarbeiten, diesen Gegensatz allenthalben scharf und deutlich zu machen. Es kommt hinzu, a) daß es auch für das Verständniß des Eigenthums sowohl, als der anderen dinglichen Rechte an fremder Sache nicht ohne Werth ist, die Folie und Parallele des Pfandrechts unmittelbar zu benutzen, und b) daß selbst in seiner geschichtlichen Darstellung das Pfandrecht auf den Zusammenhang der Sachenrechte hinweist, sei es, daß wir den antiken Anfang des Pfandrechts, da wo es gewissermaßen noch im Schoße der Fiducia latent ist, oder das moderne Stadium, wo es in merkwürdiger Weise wiederum der Eigenthumsidee sich mehr und mehr anzunähern scheint, ins Auge fassen. Am wenigsten aber darf als Grund der Einstellung ins Obligationenrecht angeführt werden, daß es auch ein *pignus* (*pignoris, servitutis* und) *nominis* gebe, denn dann müßte auch der *ususfructus,* weil von einem *ususfructus nominis* gesprochen wird, seine Verbannung aus dem Sachenrecht gewärtigen.

Erster Titel.

Das Eigenthum.

XVI. Kapitel.

I. Die rechtliche Natur des Eigenthums und Sachbesitzes.

(Zu § 487-495)

I.

Das civilistische Wesen des Besitzes und seine Stellung im System.

Zu § **487. 491**] Wenn der Besitz (*possessio*) im Cursus ein Rechtsinstitut genannt worden ist, so ist damit nur gesagt, daß in seinem

Begriff gewisse Momente von rechtlichem Interesse zusammentreffen; nicht ist damit entschieden, ob der Besitz für sich ein Rechtsverhältniß sei. Dies ist eine der lebhaftest behandelten Controversen in der neuern Zeit. Ist der Besitz ein Factum oder ein Recht? was ist der Rechtsgrund des Interdictenschutzes? ist dieser Schutz nur eine zweckmäßige Reaction des Staats gegen delictmäßige Störungen der Ordnung, oder ist er der nothwendige Ausdruck des Rechts der Persönlichkeit, welche im Sachbesitz unmittelbar präsent zu denken sei? Noch in allerneuester Zeit hat Büchel (Ueber die Natur des Besitzes, Marb. 1868) unter sorgfältiger Zusammenstellung aller vorgebrachten Gründe sich dahin erklärt, daß der Besitz ein bloßes Factum sei, und gegen ihn wieder ist eben jetzt der Holländer Goudsmit (Büchel's üb. d. Natur d. Besitzes; übersetzt von Sutro. Utrecht 1868) aufgetreten. Die Controvers besteht fort.

Für den Gegensatz von *factum* und *jus* nun darf man sich jedenfalls nicht auf Aeußerungen der Quellen berufen, denn wir wissen, wie unsicher dort diese Worte rücksichtlich ihres dogmatischen Gehaltes sind. Daß z. B. die prätorischen *actiones in factum** ein *jus* im Hintergrund haben, wer möchte das leugnen? Daß die *naturalis obligatio*** ein Rechtsverhältniß ist, kann unmöglich bezweifelt werden, und doch sagt noch Ulpian, der sogar ihre Compensabilität annimmt: *cum verbo debendi abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem* (*fr. 41. D. de pecul. 15, 1*). So haben sich denn nicht wenige Dogmatiker bald zwischen (wie v. Savigny und Rudorff: theils Factum, theils Recht), bald über jener Alternative (Puchta: Recht an der eignen Person) zu halten gesucht. Zu den Letzteren dürften wohl auch zu rechnen seyn Gans, welcher den Besitz ein anfangendes Eigenthum —, Tigerström, welcher ihn ein fingirtes Eigenthum —, Stahl, welcher ihn eine provisorische Regulirung desselben Lebensverhältnisses, dessen definitive Regulirung das Eigenthum ist —, und neuerdings auch Ihering, welcher ihn die Thatsächlichkeit des Eigenthums oder eine Eigenthumsposition und das Vorwerk des Eigenthums, den Besitzschutz aber eine Ergänzung des Eigenthumsschutzes nennt (Beiträge z. Lehre v. Besitz in Ihering's Jahrbb. f. d. Dogmatik IX. 1868. S. 44. 52. 80. 153 ff. Dazu ders. Geist d. R. R. III. S. 340).

Ich bin der Meinung, daß in den zuletzt angeführten Formeln die Linie enthalten ist, in deren Verfolgung die volle Wahrheit liegt, ja ich könnte als Ausdruck derselben schon Ihering's Theorie gelten lassen, wenn nicht auch bei ihr noch das Bedürfniß entstände, a) der Formel überhaupt eine breitere dogmatische Basis zu geben, und b) der Abstractheit der Formel zu Hülfe zu kommen durch Analogien einer mehr anschaulichen Natur. Es ist schon ein bedeutender Gewinn, daß im Lauf der bezeichneten Linie nicht mehr um die nackte Alternative, ob Factum oder Recht, gestritten wird, denn fürwahr, ein solcher Streit ist

*) s. Cursus § 285. **) s. Cursus § 641.

nicht besser, als der, ob der Leib ein Mensch sei oder nicht. Man streitet da, ohne zu unterscheiden, daß es verschiedenartige Phänomene des Lebens gibt, — als ob es nicht menschliche und andere Leiber, entseelte und beseelte, schlafende und wachende, erstarrte und thätige Leiber gäbe. Es sollte nicht bezweifelt werden, daß der Besitz für sich jedenfalls nicht ein Rechtsverhältniß seyn kann in dem Sinn, wie Eigenthum, Servitut oder Forderungsrecht; allein mit diesem Satze ist noch nicht entschieden, daß der Besitz folglich ein bloßes Factum sei, denn es bleibt daneben die Möglichkeit, daß er in einem solchen organischen Bezug zu einem Rechtsverhältniß steht, wodurch er in gewisser Weise theilnimmt an dessen Art und Kraft.

Zu a). Der Kern der Besitzfrage ist nicht auf das Sachenrecht oder gar das Eigenthum beschränkt. Zwar daß auch bei Servituten, bez. bei Emphyteuse und Superficies, ein Besitzanalogon vorkommt, ist oft genug erörtert worden, allein schon, daß auch ein Besitz des erbrechtlichen *jus successionis* vorkommt (s. Cursus § 838: *usucapio hereditatis*), ist im Zusammenhang dieser Streitfrage viel zu wenig berücksichtigt worden. Wir müssen aber den Umkreis noch weiter ziehen. Auch die *libertas* ist nach Römischer Anschauung ein Zustand, welcher als bloßes Besitzverhältniß in Frage kommen kann; und daneben tritt die Frage, ob nicht für das andere dem Eigenthum ebenbürtige civilistische Grundrecht, die Obligatio, ganz analog eine Art Besitzverhältniß denkbar und im Römischen Recht anerkannt sei. In Ansehung der *libertas* treffen wir bei Pomponius (*fr. 28. D. de liberali causa 40, 12*) den Ausdruck *possessio* (*libertatis*) zur Bezeichnung eines dem Sachbesitz durchaus analogen Verhältnisses, und in dem gleichen Sinn spricht Ulpian von *possessio libertinitatis* und *ingenuitatis* (*fr. 14. D. de probat. 22, 3*); jenes ist dasselbe Verhältniß, welches von Gaius (*3, 56*) auf die *tuitio Praetoris* zurückgeführt und mit *forma libertatis* bezeichnet wird. Jedes Rechtsverhältniß ist ein persönliches Willensverhältniß, und jedes solche Willensverhältniß formirt sich, man möchte sagen, in einer ideellen Form, in welcher es, durch mancherlei sinnliche Momente bestimmt, sich mit der Verkehrsumgebung berührt und zugleich von ihr individuell abhebt und unterscheidet. *Forma* ist die Summe der Contouren, in welchen das Ganze des Rechtsverhältnisses sich peripherisch abschließt und für den Blick im Leben kennzeichnet, wenn keine Störungen stattfinden. Immer tritt in entscheidenden Augenblicken, vor Allem beim Entstehen, diese Forma hervor; sie bildet das natürliche Organ für die Bewegung im Verkehr, an ihr wird das Daseyn und der Umfang des Rechts erkannt und gemessen, von ihr auf dasselbe geschlossen, sie ist das normale Symptom desselben. — Und der Obligatio sollte es an einem solchen Organ und Symptom gebrechen? Das ist so wenig denkbar, wie eine Seele wirklich seyn kann ohne Localisirung und räumliche Bestimmtheit; diese räumliche ist ja zugleich ihre individuelle Bestimmtheit. Für die Obligatio ist im Grunde die Actio das, was für die Proprietät die Possessio ist. Die Schwierigkeit, welche der

Fruchtbarmachung dieser Idee entgegentritt, liegt darin, daß das Wort *actio* in den Quellen zugleich auch in processualer Anwendung sehr häufig vorkommt. Bei der *possessio* ist es die Mengung mit den Elementen der *detentio alieno nomine*, welche die dogmatische Klärung des Besitzinstituts erschwert hat, bei der *actio* ist es die processuale Verkettung, welche den Blick verwickelt. Wie das Eigenthum zunächst im Occupations- oder Traditionsmoment deutlich hervortritt und sich gleichsam in einer bestimmten Summe sinnlicher Momente zusammennimmt, so auch insgemein, und namentlich nach altrömischem Recht, die Obligatio im Augenblick der normalen Begründung durch feierlichen Vertrag, in der gesprochenen, scharf formulirten *lex contractus;* hier ergreift ja der Gläubiger gleichsam den Willen des Schuldners und nimmt Besitz von ihm; und wie, nachdem das Eigenthum und der Besitz einmal begründet sind, dann nur zufällig und in einzelnen Willensäußerungen das Recht oder der Besitz zu Tage tritt, so auch die Obligatio: etwa durch Acte des Mahnens und Drängens. Wir gelangen von da zu der Anschauung, daß Rechtsverhältnisse jeglicher Art die natürliche Neigung haben, sich in einem Willensverhältniß auszuprägen, welches die Brücke ins Gebiet der Sinnlichkeit hinüberschlägt, und es ist ein allgemeines dogmatisches Bedürfniß, diese Grundbeziehungen der Rechtsverhältnisse im Einzelnen nachzuweisen und festzustellen.* Hier soll nur noch ein Vergleich angedeutet werden.

Zu b). Was von Gaius als *forma* bezeichnet wurde, könnte auch als Körper oder Leib bezeichnet werden, denn das Verhältniß zwischen dem Recht und seiner Forma ist durchaus analog dem Lebensverhältniß, in welchem die Seele zu ihrem Leibe steht. Sie ist in ihm verkörpert, ohne mit ihm identisch zu seyn; sie hat im Leibe ihren Sitz, und an ihn gebunden beherrscht sie ihn doch; sie findet in ihm ihre räumlichen Grenzen, aber sie bedient sich auch seiner als Organs und Mediums ihrer Bewegungen und Kräfte; an ihm ist sie erkennbar und unterscheidbar, und vom Leibe wird auf die Seele geschlossen; der Leib ist der Träger der Seele, und also auch, wenn die Seele eine persönliche ist, der Persönlichkeit. So nimmt der Leib Theil an dem Recht und der Ehre der Persönlichkeit, und er wird geschützt und geehrt um der Person willen, die in ihm residirend vermuthet wird. Es gibt Fälle, da die Seele vom Leibe getrennt scheint, aber der Zustand der Erstarrung eine Täuschung ist; im Tode zieht sich die Seele wirklich aus dem sichtbaren Leibe zurück, und doch hält der entseelte Leib noch eine Weile Stand, bevor er zerfällt. Solche Abnormitäten und Todesfälle finden aber auch in der Welt des Rechts Statt: es kann da Jemand Besitz ohne Eigenthum, die *forma libertatis* ohne das *jus libertatis*, die *actio* ohne die *substantia obligationis* haben; aber bis die Entseelung constatirt ist, verlangt der Körper die Ehre des Rechts, und folglich gewährt das Recht einen provisorischen Schutz. Dies ist dieselbe An-

*) Vergl. Cursus § 408. 409. u. § 597.

schauung, welche von Ihering (a. a. O., S. 70. 195. 196) so ausgedrückt wird: „In dem Besitz gewinnt das Eigenthum sichtbare Gestalt, der Besitz ist das Eigenthum in seiner vollen Wirksamkeit, seiner normalen Gestalt ... Der Besitz verdankt seine Erhebung zu einem juristisch bedeutungsvollen Verhältniß nicht sich selber, sondern dem Eigenthum ... Die Bezeichnung des Besitzes als die Thatsächlichkeit oder Sichtbarkeit des Eigenthums schließt die ganze Besitztheorie in sich.“

II.

Possessio und *detentio* (*alieno nomine*).

Zu § **490**] Seit v. Savigny ist es üblich, von dem Begriff des natürlichen Besitzes als dem dogmatischen Fundament der Besitzlehre auszugehen und erst von da in begrifflicher Progression zum juristischen Besitz (*possessio* im engern und eigentlichen Sinn) als einem qualificirten Verhältniß anzusteigen. Nichts kann aber mehr, als dieses, geeignet seyn, die Wahrheit zu verdunkeln und das Einfache zu verwickeln, denn 1) nimmt man auf diesem Wege zum Ausgangspunkt einen ganz falsch generalisirten Besitzbegriff, welcher ohne Wirklichkeit, oder doch ohne ein juristisch werthvolles Substrat in der Wirklichkeit ist. Einen Besitz, der weder juristischer, noch naturaler (d. h. stellvertretender) Besitz wäre, gibt es eigentlich nicht: jeder Besitz ist entweder *possessio* oder aber *detentio alieno nomine*, und wie soll man sich einen natürlichen Besitz denken, der einfach durch Hinzunahme eines weiteren Momentes (*animus domini!*) zum juristischen Besitz würde? 2) Es erscheint hier die *detentio alieno nomine* wie ein bloßes Minus, während sie doch ein *Aliud* ist im Vergleich mit der eigentlichen *possessio;* von einer Steigerung könnte hier nur im factischen, nicht im rechtlichen Sinn die Rede seyn. 3) Es gewinnt so den Anschein, als ob die *detentio alieno nomine* eine Voraussetzung der *possessio* sei, während doch gerade das umgekehrte Verhältniß stattfindet. 4) Man behandelt die *possessio* als das feinere und künstlichere Verhältniß, während das gerade Gegentheil der Fall ist.

Es ist mithin vom dogmatischen Standpunkt aus völlig incorrect, von dem s. g. natürlichen Besitz vor dem juristischen Besitz zu handeln. Dieser ist das einfachere, normale Verhältniß, nicht bloß, weil er im Leben der ungleich häufigere Zustand ist, sondern auch, weil in ihm dem *corpus* der *animus* einfach correspondirt; die *detentio alieno nomine* ist das künstlichere, complicirtere Verhältniß, denn sie hat den juristischen Besitz eines Anderen zur Voraussetzung. Der *detentor alieno nomine* hat allerdings auch einen Willen, der ihn in ein Verhältniß zum physischen Bestand des Objects setzt, aber dieser Wille bewegt und bethätigt sich lediglich auf der Basis des eigentlichen Besitzwillens eines Anderen und innerhalb des von diesem umschriebenen Kreises; er verlangt denselben als seine Voraussetzung und Ergän-

zung; eine *detentio alieno nomine* ohne die *possessio* eines Anderen wäre ein fundamentloses Verhalten, etwas Unvollständiges und Unhaltbares. Die *detentio alieno nomine* ist in der That und Wahrheit ein stellvertretender Besitz, und so gewiß von Stellvertretung erst gehandelt werden kann, nachdem von der einfachen Verwirklichung des Rechts gehandelt ist, eben so gewiß kann von der *detentio alieno nomine* nicht vor der *possessio* gehandelt werden.

Wir können uns denken, daß Jemand eine Sache inne hat, indem er darüber ungewiß ist, ob er einen Anderen für den *possessor* gelten zu lassen habe oder sich selbst die *possessio* beilegen dürfe; aber das ist eben ein zweifelhaftes Verhältniß und enthält mit nichten die Elemente eines generellen Besitzbegriffs. Ebensowenig läßt sich von einem *infans* oder *furiosus* sagen, daß in seinem Innehaben einer Sache sich ein indifferenter Besitzbegriff darstelle, welcher sich dann verzweigt denken lasse in *possessio* und *detentio alieno nomine,* denn jener besitzähnliche Zustand hat überhaupt nicht die Geltung eines rechtlichen Willensverhältnisses und kann folglich nicht den Ausgangspunkt einer rechtlichen Gestaltung und Differenzirung bilden.

Es gibt hiernach keinen abstracten Besitzbegriff, welcher die *possessio* und die *detentio alieno nomine* in sich schlösse und ihre Indifferenz darstellte, vielmehr kann immer nur von der *possessio* und der *detentio alieno nomine* als zwei selbständigen Phänomenen die Rede, und nicht zweifelhaft seyn, daß immer mit der Darstellung der eigentlichen *possessio* der Anfang zu machen ist.

Mit jenem Mangel der bisher üblichen dogmatischen Auffassung scheint mir weiter die Annahme, daß zum Wesen und Bestand des Besitzes nicht bloß *animus,* sondern auch *corpus* gehöre, zusammenzuhängen. Diese Annahme trifft nach der Auffassung der classischen Juristen nicht mehr die Wahrheit, da von diesen in der That Besitzfälle ohne *corpus* anerkannt sind. Hiernach läßt sich nur das sagen, daß das körperliche Element als Bestandtheil des *animus,* genauer: als Schranke oder Metrum des *animus*, in Betracht komme. Der Besitzwille muß nämlich ein vernünftiger, realisirbarer seyn: ein absolut undurchsetzbarer Wille ist auch ein unreeller, unwirklicher, nichtiger Wille und in solchen Fällen kann nicht von Besitz die Rede seyn. Es ist das aber nicht ein äußeres und selbständig zu dem Besitzwillen hinzutretendes Moment, sondern nur ein Kriterium des Besitzwillens, ein Erforderniß, das schon mit dem Erforderniß des *animus* von selbst gesetzt und folglich aus dessen Wesen zu entwickeln ist.

In den Anfängen der Römischen Besitzdoctrin mag das *corpus possessionis* eine primäre Rolle gespielt haben; allein jemehr sich die Theorie civilisirte, scheint die *possessio* immer idealer gefaßt worden zu seyn, und gewissermaßen eine Emancipation von dem Sinnlichkeitsrequisit stattgefunden zu haben. Ich sage daher, daß nur in der Lehre vom Erwerb des Besitzes das Corpus-Element eine selbständige Bedeutung gewinnt, und daß man ungehöriger Weise, was vom Erwerb

oder Anfang gilt, so verallgemeinert hat, daß es auch vom Wesen und Bestand des Besitzes zu gelten scheint. Auch in diesem Punkt treffe ich mit der neuerdings von Ihering (a. a. O. S. 155ff.) ausführlich dargelegten Ansicht zusammen.

XVII. Kapitel.

II. Erwerb und Verlust des Besitzes.

(Zu § 496-499)

Mutatio causae possessionis.

Zu § 496] Für die Usucapion ist die *causa possessionis* wichtig, d. h. der Rechtstitel, unter welchem der Besitz angefangen hat, und auf welchen er sich gleichsam stützt, damit die entstehenden Rechtswirkungen rechtlich motivirt erscheinen. Es ist möglich, daß der Besitzzustand fortdauert, aber eine neue *causa possessionis* an die Stelle der bisherigen tritt: dies kann geschehen, wenn eine neue Thatsache sich ereignet, von welcher der Besitz naturgemäß beeinflußt wird, z. B. wenn der *pro emtore* usucapirende Besitzer den wahren Eigenthümer abfindet oder von ihm die Sache geschenkt erhält (*Jul.* und *Paul. fr. 2. § 21. D. pro emt. 41, 4*): in diesen Fällen liegt eine *mutatio causae possessionis* vor. Ohne den Eintritt einer solchen neuen Thatsache kann regelmäßig keine Veränderung des Besitztitels gedacht werden, weil dieser Titel eben auf thatsächlicher Voraussetzung ruht. Nur in den Fällen der *lucrativa usucapio* (s. Cursus § 504 sub b) wäre dies denkbar, denn bei dieser ruht Alles auf der einseitigen Willkür des Erwerbenden: der Wille desselben, zu usucapiren, entschied, *bona fides* und bez. Besitztitel waren indifferent; hier wäre daher an sich statthaft gewesen, zu sagen: es genügt, wenn der bisher aus anderem Besitztitel Besitzende nunmehr sich entschließt, *pro herede* zu usucapiren oder *ex fiducia* zu usurecipiren. Dem trat aber die Erwägung entgegen, daß das eine leicht mißbräuchliche und daher bedenkliche Steigerung des *favor lucrativarum usucapionum* sei, der doch an sich schon eine Anomalie enthielt (vergl. *Gai. 2, 60 i. f.*); es bildete sich daher in der Praxis der *Veteres* der seitdem oft wiederholte Satz: *a Veteribus praeceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse* (*Paul. fr. 3. § 19. D. de acq. poss. 41, 2*), d. h. wer aus anderem Grunde in Besitz der Sache gelangt war, konnte nicht durch bloße Willensänderung — anders wenn eine neue äußere Thatsache zwischentrat: *Marcell. fr. 19. § 1. D. eod.; Jul. fr. 6. § 3. D. de precar. 43, 26* — sich in die begünstigte Lage eines *pro herede* oder *ex fiducia* Usucapirenden bringen.

Auf diese Fälle der *usucapio lucrativa* war jener Satz seiner eigentlichen Bedeutung nach eingeschränkt: dies erkennen wir namentlich auch aus der Hauptstelle über jenen Satz, worin Julian sagt: *Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse,*

totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere, et lucri faciendi causa inciperet possidere (*fr. 33. § 1. D. de usurp. 41, 3*).

Streng genommen konnte von einer *mutatio* in jenem Sinn dann nicht die Rede seyn, wenn es sich um Jemand handelte, welcher bis dahin gar nicht eigentlicher *possessor* war, sondern nur *alieno nomine* detinirte: *si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem* (*Paul. fr. 3. § 20. D. de acq. poss. 41, 2*); dennoch erstreckte man die alte Regel auch auf Detentionsfälle: *Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est: ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse* (*Jul. fr. 2. § 1. D. pro herede 41, 5*). In diesem weiteren Sinn namentlich konnten auch Fälle der *usureceptio ex fiducia* hierher gezogen werden, und jener Satz noch praktisch erscheinen, auch nachdem unter Hadrian (*Gai. 2, 57*) das Gebiet der *usucapio pro herede* beträchtlich eingeschränkt war.

Auf andere Fälle — außerhalb des Gebiets der *lucrativa usucapio* — darf jener Satz (trotz eines solchen incorrecten Erweiterungsversuchs des Cassius: *fr. 1. § 2. D. pro donato 41, 6*) nicht ausgedehnt werden, weil er da keinen Sinn hat, denn daß ein Usucapionsbesitzer sich nicht willkürlich einen anderen Besitztitel unterschieben kann, versteht sich von selbst und braucht nicht erst als eine besondere Regel formulirt zu werden, und daß der *detentor alieno nomine* nicht durch bloße Sinnesänderung sich zum *possessor* machen kann, sondern dazu wenigstens noch eine *contrectatio* vornehmen muß, beruht gleichfalls in allgemeinen Grundsätzen.* Außer diesen zwei Fällen einer vermeintlichen neueren Anwendung der Regel der *Veteres* hat man noch den Cassianischen Fall einer *donatio inter virum et uxorem* mit folgender Ehescheidung hierher gezogen, allein gleichfalls mit Unrecht, denn solchenfalls liegt überhaupt keine *mutatio voluntatis* vor, vielmehr will da der Beschenkte nach wie vor besitzen und für sich haben, und da keine Willensänderung hier indicirt ist, muß die Wirkung des Verbots beharren, bis eine neue Thatsache etwa hinzutritt. Vergl. v. Savigny d. Recht des Besitzes (7. Aufl.) § 7. S. 83—86; dazu Rudorff ebendas. S. 596 bis 598. Unterholzner Lehre v. d. Verjährung I. § 100., und Thon (über *civilis* und *naturalis possessio*) im Rheinisch. Museum IV (1830) S. 109. Kuntze üb. d. *Mos Civitatis* in d. Münchner krit. Vierteljahrsschrift IX (1867) S. 520. 525.

*) s. Cursus § 496. Abs. 2.

XVIII. Kapitel.

III. Erwerb und Verlust des Eigenthums.

(Zu § 500-513)

I.

Der Ritus der *in jure cessio* und der *mancipatio.**

Zu § **500**] In den Formen der *in jure cessio* und der *mancipatio* bewegte sich seit ältester Zeit der private und regelmäßige Eigenthumsverkehr der Römer. Dort ist es das Streitmoment, hier der Gebrauch der Wage, welche als Spuren hohen Alterthums gelten können; so aber, wie sie in der historischen Zeit gestaltet waren, tragen sie durchaus den Typus einer civilisirten Verkehrsanschauung. Wie die altnationale Sponsionsform (*Gai. 3, 93*), so blieben auch die *in jure cessio* und die *mancipatio* nur Römischen Bürgern zugängliche Formen (*jus proprium civium Romanorum: Gai. 2, 65*). „Die Mancipation als eine eigenthümlich Römische oder doch italische Formalhandlung kam zugleich mit dem Dahinschwinden der Römischen Nationalität mit und neben der *in jure cessio* außer Gebrauch; wie sie denn in dem griechischen und anderweitigen außeritalischen Verkehr nie Wurzel geschlagen zu haben scheint. Die letzten Erwähnungen der *mancipatio* finden sich in Rescripten von Diocletian, *Vatic. Fragm. 313*, *Codex Hermog. VII, 1* (welche Stelle auch die letzte Erwähnung der *in jure cessio* enthalten mag) u. a. m., und in ein paar Constitutionen von Constantin (*l. 4. 5. C. Th. de donation. 8, 12*). In den Justinianeischen Rechtsbüchern sind die Erwähnungen der *mancipatio* und *in jure cessio* planmäßig und durchgehends ausgemerzt und dafür, wo einfache Weglassung nicht anging (sie ging z. B. an in *fr. 18. D. de rei vind. 6, 1*), gewöhnlich die Worte *traditio*, bez. *cessio* substituirt". v. Keller Grundriß zu Vorlesungen üb. Instit. u. Antiquit. Berl. 1854—58. S. 34. „Wo noch *Diocletian et Maxim.* (*Cod. Herm.*) von „*donatione, mancipatione, vel in jure cessione transferre*" reden, sprechen Constantin's Söhne (a. 355: *l. 7. C. Th. de don. 8, 12*) von „*jure mancipatio et traditio impleta.*" Gerade bei Schenkungen scheint sich die *in jure cessio* am längsten erhalten zu haben und mit der Insinuationsform verschwunden, d. h. diese an jener Stelle getreten zu seyn." Böcking Pandekten d. Röm. Privatrechts II. (1855) § 143. Anm. 34.

A. Den Ritus der *in jure cessio* beschreibt Gaius (*2, 24*) so: *apud magistratum populi Romani, velut Praetorem, vel apud Praesidem provinciae is, cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit: Hunc Ego Hominem Ex Jure Quiritium Meum Esse Ajo! deinde postquam hic vindicaverit, Praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur, quae fieri potest etiam in provinciis apud Praesides earum.* Der

*) Vergl. oben Excurse S. 83. 91. 127 u. 400.

Gegenstand des Actes mußte gegenwärtig oder durch ein körperliches Theilchen vertreten seyn (*arg. Gai. 4, 16. 17*). Karakteristisch ist, daß die Initiative und Hauptaction dem Acquirenten zukam: auch in diesem Moment scheint jene Römische Uridee zu pulsiren, daß *occupatio bellica* das Original aller Erwerbsgründe und das *emere* ein *sumere* sei (vergl. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren S. 340. u. im Archiv für deut. Wechselrecht u. Handelsrecht, VIII. 1859. S. 405—411). Dasselbe ist vom

B. Ritus der *mancipatio** zu sagen, welchen Gaius (*1, 119. 121*) so beschreibt: *Est mancipatio imaginaria quaedam venditio. Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio ejusdem conditionis, qui libram aëneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: Hunc Ego Hominem Ex Jure Quiritium Meum Esse Ajo, Isque Mihi Emtus Est Hoc Aere Aëneaque Libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit quasi pretii loco ... In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, qui mancipio accipit, apprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur. Praedia vero absentia solent mancipari.* Darüber, daß es in jener Formel nicht *Emtus Esto* sondern *Emtus Est* heißen muß, vergl. Ihering Geist d. R. R. II. § 46. Anm. 706 u. Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 22. *Arg. Gai. 4, 17* ist anzunehmen, daß das *absens praedium* durch eine *gleba* oder *tegula* vertreten werden mußte. Die Percussion der Wage erfolgte auf vorausgehende besondere Aufforderung: *Rauduscalo libram ferito!* „Wer diese Worte gesprochen habe, ist weder aus *Varro de lingua lat. 5, 163*, der sie uns als *Veteribus in mancipiis scriptum*, noch aus *Festus v. Rodus vel Raudus* (*ed. Müller p. 265*), der sie uns als eine der bei Mancipationen gesprochenen Formeln gibt, ersichtlich; vermuthlich der *libripens*." Böcking a. a. O. § 43. Anm. 23. Festus sagt: *Vulgus quidem in usu habuit* [*rodus*] *non modo pro aere imperfecto .... sed etiam pro signato, quia in mancipando, cum dicitur Rauduscalo Libram Ferito, asse tangitur libra.* Außer den Zeugen und dem *libripens* wird nicht selten als Mitwirkender der *antestatus* genannt; es ist aber zweifelhaft, ob derselbe ein siebenter Assistent, oder aber der Käufer selbst gewesen sei, sowie ob die *antestatio* am Anfang, oder am Schluß des Actes stattgefunden, und ob sie in einer Aufforderung an *libripens* und Zeugen (die Handlung vorzunehmen), oder aber an die Interessenten (zu sehen, ob Alles *rite* geschehen und der Act vollendet sei) bestanden habe. In der classischen Zeit wird ihrer nicht mehr gedacht. —

Beide Formen hatten in der Anwendung ihre bestimmte Grenze, indem nur gewisse Sachen mancipationsfähig,** nur selbständige Perso-

*) Zu diesem Ritus vergl. Jeremias 32, 8—12. 44.
**) Ueber die *res mancipi* s. oben Excurse S. 400.

nen zur *in jure cessio* fähig waren. Gaius (*2, 96*) sagt: *sciendum est, his, qui in potestate, manu mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil suum esse in jure vindicare possint.* Mit Recht bemerkt dagegen Böcking (a. a. O. § 143. Anm. 29): „der Grund galt eben so gut bei Mancipationen, bei welchen sogar auch das *ex jure Quiritium meum esse ajo* gerade zur Form gehörte, und bei Stipulationen u. s. w., die er doch nicht hinderte (*Gai. 2, 87*); es muß also das Erforderniß der Verhandlung *in jure*, die Natur der *legis actio* im engern Sinn, den Grund der Unzulässigkeit jener Cessionen enthalten;" *cum olim, quo tempore erant legis actiones, in usu fuisset: alterius nomine agere non licere, nisi pro populo et libertatis causa* (*Gai. 4, 82*). Vergl. übrigens v. Keller a. a. O. S. 30—34. und Leist a. a. O. S. 1—24. 126—198.

II.

Die *usucapio* in den XII Tafeln.

Zu § **501**] Uns ist das Ersitzungsprincip so geläufig, daß wir uns nicht wundern, es in den XII Tafeln anzutreffen, und doch ist es da eine der merkwürdigsten Erscheinungen. Gaius nennt das Usucapionsinstitut ein *bono publico introductum* und führt die *utilitas commercii* als Grund an; ein Satz der Utilität aber mitten im Gefüge des *jus strictum* nimmt sich wie ein Samenkorn zwischen Quadern aus. Wir fragen daher, ob wirklich damals schon die Idee der Usucapion klar entwickelt war. Bekanntlich hatten die XII Tafeln das Wort *usucapio* selbst noch nicht: ein räthselhaftes Paar von einfachen Worten nimmt die Stelle ein, wo jenes zusammengesetzte, später technische, Wort zu erwarten wäre.

Man streitet von jeher über diese zwei Worte: *usus* (*et*) *auctoritas*. Den nächstliegenden und zuverlässigsten Anhalt für ihre Deutung geben der *usus*, welcher *manus* wirkte, und die *aeterna auctoritas rei furtivae* und *adversus hostem*. *Usus* drückt ein thatsächliches Verhältniß im Gegensatz des Rechts, zunächst also dasselbe aus, wie *possessio* (*Gai. 1, 111; Javol. fr. 115. D. de V. S.* und *Fest. v. Possessio*); daran erinnert noch der Ausdruck: *possessio et ususfructus* bei *Gaius 2, 7;* allein es liegt ein Mehreres im *usus*, denn das Wort deutet auf ein actives, einwirkendes und so die Sache mit dem eignen Vermögenskreis gleichsam verknüpfendes und verflechtendes Besitzen, ein nicht heimliches, sondern offenes, und daher wohl durch einen Rechtstitel geschütztes Besitzen, eben ein solches Besitzen, wie es zum Usucapiren geeignet ist. Bei derivativem Besitzerwerb kommt außerdem die Stellung des *auctor* in Frage: daß an diesen der *successor*, dem evincirt wird, Regreß nimmt, ist selbstverständlich — aber wie lange dauert die Verantwortlichkeit? nun eben so lange, als der *usus* noch nicht zum *jus Quiritium* geworden. Also *adversus** *hostem* (= *hosti i. e. peregrino*)

*) Vergl. die hier gerade ausgezeichnet zutreffende Parallelstelle bei *Cic. de off. 3, 29: Est jus etiam bellicum fidesque jurisjurandi saepe cum hoste servanda ... Cum justo et legi-*

aeterna auctoritas, und ebenso *rei surreptae aeterna auctoritas*!* Wo aber die sonstigen Bedingungen der *usucapio* gegeben sind, hört nach Jahresfrist, bez. nach 2 Jahren die Haftungspflicht auf; dann bedarf der Besitzer nicht mehr jenes Rückhalts. Wir sehen, — wenn diese Deutung richtig ist — daß die XII Tafeln die Idee der *usucapio* noch nicht direct, sondern nur indirect, aber in praktischer und karakteristischer Weise das Verhältniß mit Rücksicht auf beide Theile ordnend, aussprechen.

Darin, daß die XII Tafeln die *usucapio* nicht direct nannten, stimmt die vorgetragene Ansicht mit der neuerdings von Burckard (i. d. Rudorffschen Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 102—131) aufgestellten überein, doch ist diese insofern neu, als nach ihr *usus* und *auctoritas* zusammen vom bisherigen Eigenthümer verstanden, und somit zunächst nur die Idee der Extinctivverjährung ausgesprochen seyn soll. Allein gerade das, was Burckard als einen schwachen Punkt der gegentheiligen Ansicht betrachtet, nämlich daß *usus* von dem einen, *auctoritas* von dem anderen Interessenten gesagt sei, erscheint mir als ein Moment zu Gunsten dieser von mir vertretenen Ansicht, denn ein einfach und naiv die praktische Situation ins Auge fassendes Gesetz hat eben jeden der beiden Interessenten zu berücksichtigen. Hierzu kommt, daß, wenn mit *usus biennium* die besonders betonte Fortdauer des Rechts hätte gemeint seyn sollen, das Gesetz eine andere Wendung wählen mußte. Es dient aber zur Unterstützung unserer Ansicht auch dies, daß dann die dem fraglichen Satze zu Grunde liegende Rechtsvorstellung dem System der übrigen Erwerbsgründe adäquat ist: denn wie bei der *in jure cessio* und der *mancipatio*, stellt sich auch hier der Rechtssinn gleichsam auf die Seite des Acquirenten; er spricht zuerst von dessen Stellung und ordnet in erster Linie dessen Recht; was für den andern Theil gelten soll, wird in zweiter Linie bemerkt und auch nur, insofern das ein Anspruch des Acquirenten ist. Endlich harmonirt hiermit die entwickelte Usucapionsidee selbst, welche die Ersitzung eben als ein (*usu*) *capere* versteht und die vorliegende Metamorphose eben auch wieder vom Standpunkt des Acquirenten aus auffaßt.

Vergl. Th. Mommsen *Diss. ad legem de scribis et viatoribus et de auctoritate* (Kiel 1843). Puchta Kleine civilist. Schriften S. 69ff. Rudorff zu Puchta's Cursus d. Instit. II. § 239. N. 6. Schirmer die Grundideen der Usucapion im R. R. (Berl. 1855), S. 34. Voigt d. *jus naturale* d. Römer II. S. 161. Leist Mancipation u. Eigenthumstradition, S. 128.

---

timo hoste res gerebatur; adversus quem et totum jus fetiale et multa sunt jura communia. Außerdem läßt sich an das bekannte „*justa an injusta adversus ceteros possessio sit*“ neben dem „*alter ab altero possidetis*“ (*fr.* 1. § 9. *fr.* 2. *D. uti poss.* 43, 17) erinnern, wo offenbar der Begriff des Gegenüberstehens in den Begriff des Ableitens verschwimmt. Die bekannteste Anwendung des unbedingt Feindlichen liegt in der stereotypen Wendung vor: *adversus Praetoris Edictum factum est* (s. Curs. § 211). *) Vergl. oben Excurse S. 114. 115.

III.

Die *naturalis ratio* im System der Erwerbsgründe.

Zu § 506] A. Bestritten ist, ob, wie durch *traditio*, so auch durch andere unsolenne Apprehensionen einer *res nec mancipi* quiritarisches Eigenthum erworben werden konnte. Böcking (Pandekten d. Röm. Privatrechts II. § 142. Anm. 3) sagt: „So schlichtet sich auch der Streit der Neueren darüber, ob die Occupation herrenlosen Gutes quiritarisches Eigenthum zu begründen vermocht habe: ursprünglich an sich nicht; aber das Herrenlose konnte dem Occupanten ohne Rechtsunförmlichkeit (Besitzstörung oder Delict) auch nicht entzogen werden, er konnte es daher durch ausdrückliche Zuerkennung durch den Staat, wo dazu die verfassungsmäßigen Gründe erfüllt waren, oder durch Usucapion quiritarisch erwerben; als man aber die naturalen Erwerbungen zur Begründung quiritarischen Eigenthums an *nec mancipi res* zureichend erkannte, war kein Grund mehr, die *occupatio rei, quae nullius in bonis esset*, in Betreff der Eigenthumsbegründung anders, als die Tradition der Sache, zu behandeln. Das durch die Occupation begründete *nostrum fieri* bezeichnen die Quellen weder ausdrücklich als quiritarisches, noch als bonitarisches Eigenthum: es war kein praktisches Bedürfniß, die Unterscheidung hier hervorzuheben: für den Erwerb durch Occupation von Immobilien hatte das Civilrecht seine eigene Theorie; die Occupation von Mobilien betraf in der Regel nur *nec mancipi res;* Ausnahmen, aber gewiß seltene, mochten derelinquirte *res mancipi* bilden, und daß deren Occupation quiritisches Eigenthum begründet habe, ist für die Zeit, in welcher es auf den Unterschied des *duplex dominium* ankam, nicht nachgewiesen."

Im Wesentlichen stimmt diese Ansicht überein mit der von Unterholzner (i. Rhein. Museum Jahrg. I. S. 132 ff.), Zimmern (ebend. III. S. 348 ff.) und Schilling (Bemerk. üb. Röm. Rechtsgesch. S. 58 ff. u. Lehrb. f. Institut. II. § 151. 152) aufgestellten; abweichend sind Hugo Röm. Rechtsgesch. S. 196 ff., Schweppe Röm. Rechtsgesch. § 268. No. 3., Mayer i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VIII. S. 64 ff. und v. Scheurl *Num juris gentium acquisitionibus dominium civile Romanorum effectum sit* (Erlang. 1836) p. 10 sq.

Wenn der Besitzer einer fremden Sache den Eigenthümer derselben abfindet durch Leistung der processualen *litis aestimatio*, so sollte nach Zimmern's (a. a. O. S. 314) Ansicht immer bonitarisches Eigenthum entstehen; allein dies wäre (*in judiciis imperio continentibus*) nur dann richtig, wenn die Wirkung des Abfindens selbst ein processuales Moment wäre. Mit Recht erklären sich gegen jene Ansicht Unterholzner (ebendas. V. S. 4.), Mayer (a. a. O., S. 49) u. Schilling Lehrb. f. Inst. II. § 152. Anm. k). Letzterer bemerkt, jener Fall werde dem Erwerb durch *traditio* gleich geachtet (*fr. 46. 63. D. de rei vind. 6, 1; fr. 7. § 1. D. de Public. 6, 2; fr. 22. pr. D. de act. rer. amot. 25, 2; fr. 1. 3. D. pro emt. 41, 4*), und es sei daher nach Verschiedenheit des

Falles, d. h. je nachdem das Streit-Object eine *res mancipi* oder *nec mancipi* war, bonitarisches oder quiritarisches Eigenthum erworben worden.

B. „In den Institutionen von Gaius werden die naturrechtlichen Erwerbungsarten, mit Ausnahme der *traditio,* erst nach den civilrechtlichen, nämlich II. § 66—79 vorgetragen. In einem anderen Werke von ihm aber, nämlich *Res quotianae* oder *Aurea,* war, wie sich aus *fr. 1. pr. D. de acq. dom.* ergibt, aus dem Grunde, weil das *jus gentium* älter sei, als das Civilrecht, die umgekehrte Anordnung befolgt; und dieser haben sich auch die Verfasser der Justinianischen Institutionen (und, wie sich von selbst versteht, Theophilus auch in seiner Paraphrase) angeschlossen. In Ulpian's Fragmenten sind die naturrechtlichen Erwerbungsarten, mit Ausnahme der *traditio,* ganz übergangen". Schilling Lehrb. f. Instit. II. § 151. Erinnerung.

XIX. Kapitel.

IV. Schutz des Besitzes und Eigenthums.

(Zu § 514-522)

Zur Geschichte der possessorischen Interdicte.

Zu § **514**] Die Frage nach dem Ursprunge der possessorischen Interdicte kann unmöglich ganz getrennt werden von derjenigen nach der rechtlichen Natur des Besitzes, obschon die eigentlich historische Untersuchung unabhängig von dogmatischen Meinungen zu führen ist. Verstehen wir die Possessio als die *forma dominii*, so liegt es nahe, die Geschichte des Besitzes in die Geschichte des Eigenthums verflochten zu denken, allein es dürfte sich zeigen, daß dies nur in beschränkter Weise der Fall ist. Wo es sich um die Form der Rechtsverhältnisse handelt, pflegen polizeiliche Gesichtspunkte wichtig zu werden: in der That tragen die possessorischen Interdicte ohne Ausnahme Etwas von polizeilichem Karakter an sich, und es liegt gerade darin mit eine Erklärung des Umstandes, daß die possessorischen Schutzmittel in der Gestalt von Interdicten auftraten; doch können wir nicht bei diesem Element Beruhigung fassen, sondern müssen zu ermitteln trachten, wie und wo das hinzugehörige civilistische Element zu Tage tritt und die Brücke zu dem Eigenthumsinstitut schlägt.

An mehreren Stellen des Römischen Systems treffen wir auf die karakteristische Erscheinung, daß Privatrechte sich langsam von einem criminalistischen Standpunkt aus entwickelt haben: so ist das Rechtsverhältniß zwischen Mündel und Vormund zuerst in Gestalt der *actio rationibus distrahendis* (s. Cursus § 728), das Recht des *mandans* zuerst in der Gestalt der *actio ex lege Aquilia* (*ex cap. II.*) aufgetreten. In der Geschichte unsres modernen Urheberrechts hat sich diese Erscheinung wiederholt. Es darf uns daher um so weniger Wunder nehmen, wenn wir Aehnliches in der Geschichte des Besitzinstituts finden.

Es scheint, daß in derselben zwei Phasen zu unterscheiden sind: wir können die eine die criminalistische, die zweite die civilistische nennen, und bemerken, daß diese historische Unterscheidung ziemlich zusammenfällt mit der dogmatischen von recuperatorischen und retentorischen Interdicten. Daß die ersteren sich früher entwickelten, als die letzteren, muß schon daraus geschlossen werden, daß bei jenen sich's um auffallendere und empfindlicher verletzende Thatsachen handelt, denn Entreißung ist totale Störung, und es ist klar, daß an Schutz gegen solche eher gedacht wird, als an Schutz gegen bloß partielle Störung. Retentionsschutz setzt eine bereits sehr entwickelte Vorstellung des Besitzbegriffs voraus. Bei den recuperatorischen Interdicten nun drängt sich vor Allem ein gewisses criminell-polizeiliches Moment auf: da wo die öffentliche Ordnung direct oder indirect interessirt ist, wird sich zuerst so viel juristische Reizbarkeit des Staats zeigen, als erforderlich ist, um die ausdrückliche Anerkennung eines Staatsschutzes herbeizuführen. Zu dieser Annahme verhältnißmäßig früher Entstehung des *interd. unde vi* stimmt, wie Herm. Witte (d. *Interdictum uti possidetis* als Grundlage des heutigen *possessorium ordinarium;* Leipz. 1863; S. 44) mit Recht hervorhebt, die Ordnung des Prätorischen Edicts, welches, nach Ulpian's Bemerkung (*fr. 1. § 4. D. uti poss. 43, 17*) das *int. uti poss.* anschlußweise auf das *int. unde vi* folgen ließ, und der von Ulpian angegebene Grund, welcher wohl nicht (mit Witte) als ein logischer, sondern als ein praktischer Gesichtspunkt zu verstehen ist, deutet eben jenen Umstand an, daß ein erlittener Besitzverlust dringender nach Hülfe ruft, als ein bloß befürchteter, und daß Präventivmaßregeln feinere und darum später reifende Rechtsgebilde sind, als die durch eingetretenen Schaden veranlaßten Entschädigungsmittel. Derselbe Gedanke liegt offenbar auch in der Voranstellung des Restitutionszwecks bei Pedius angedeutet: *Omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus* (*fr. 1. § 4. eod.*). — Schwerlich wird je genau zu ermitteln seyn, wie das *interd. de precario* sich in der geschichtlichen Zeitfolge zu jenem anderen recuperatorischen Interdict verhält, indeß liegt die Vermuthung nahe, daß es das älteste von allen sei, sofern es auf die alten Possessionsverhältnisse zurückweist, welche zwischen Patron und Clienten betreffs der Ueberlassung der Bodennutzung an Strichen des *ager publicus* bestanden und lange Zeit die Bedeutung staatswirthschaftlich typischer Lebensverhältnisse behaupteten. Dem Patron selbst stand die originäre *possessio* zu, der Client empfing abgeleitete *possessio;* als nun die Clienten in dem unabhängigen Bürgerthum zu verschwimmen begannen, mag sich das Bedürfniß eines besonderen Rechtsmittels zum Schutz der Patrone herausgestellt haben, welches aus dem Schoße des freien magistratischen Imperium heraus sich zu einem Interdict mit der Möglichkeit eines eigenen Gerichtsverfahrens entwickelte. Als dann in den bürgerlichen Wirren Gewaltacte gegen die Possession von Grundstücken allgemeinere Gefahr und häu-

figeres Vorkommniß wurden, konnte der Gedanke reifen, daß auch außer jenen alten publicistischen Grundverhältnissen, neben dem reinen Privateigenthum, ein Schutzmittel indicirt sei. So entschloß sich der Prätor, bei auffallenden Gewaltacten, unangesehen das Eigenthum, einzuschreiten; es ist aber klar, daß der delictmäßige Karakter der anlaßgebenden Thatsache hier das vorwaltende Moment war, und die Beziehung zum Eigenthumsinstitut noch im Hintergrund blieb.

Diese Beziehung aber mußte mehr hervortreten, wenn man sich entschloß, das Besitzverhältniß auch gegen partielle Störungen in Schutz zu nehmen: schon aus diesem Grunde liegt es nahe, zu vermuthen, daß der retentorische Besitzschutz factisch aus dem Eigenthumsproceß herausgewachsen sei. Zwar streitet man darüber; v. Savigny hat auch betreffs des Ursprungs und Karakters der retentorischen Interdicte das Delictsmoment festgehalten, mit Recht aber führt Witte (S. 40. 41) dagegen aus: „Es handelt sich bei dem *int. uti poss.* gar nicht um eine Gewalt, die im Interesse der öffentlichen Ruhe und Ordnung ausgeschlossen werden müßte. Savigny hat in demselben Kapitel, in welchem er jenen Grund besonders betont, selbst ausgeführt, wie als *vis* im Sinn des Interdicts jede Handlung aufgefaßt werden müsse, durch welche die unbeschränkte Benutzung der Sache durch den Besitzer in irgend einer Weise gestört werde. Daß gegen eine derartige Verletzung des Besitzers als solchen schon zu den Zeiten der *legis actiones* selbständige Rechtsmittel gewährt seien, ist auf das Aeußerste unwahrscheinlich. Es würde dies eine ausgebildete Theorie des Besitzes voraussetzen, wie sie selbst dem classischen Recht fremd gewesen ist. Denn noch zu den Zeiten der großen Juristen hatte der Besitzer nicht ohne Weiteres eine Klage gegen denjenigen, der ihn in seiner thatsächlichen Herrschaft über die Sache gestört hatte. Es mußte ein besonderes Verbot der Eigenmacht durch den Prätor vorausgegangen seyn ... Nicht minder auffallend wäre ferner auch die gleichmäßige Anrede beider Parteien, wenn es sich um ein Rechtsmittel handelte, welches von vornherein gegen einseitigen Angriff gerichtet war. Als Schutzmittel gegen einseitige Rechtsverletzungen hätte es sicher die Form eines *interdictum simplex* erhalten. Dagegen findet die Fassung des Interdictes eine vollständig befriedigende Erklärung, wenn wir den Anschluß an das *vindicias dicere* festhalten.“ Mit dieser Auffassung stimmen die Aussprüche der Römischen Juristen, wenn sie einfach erklärt werden, völlig überein, denn betreffs der *interdicta retinendae possessionis* finden wir wiederholt die Angabe, sie seien eingeführt worden zu dem Zwecke, die Parteirollen für den Eigenthumsproceß zu regeln. Gaius (*4, 148*) sagt: *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, quum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat, cujus rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi. Ulpian* (*fr. 1. § 2. 3. D. uti poss. 43, 17*) sagt: *Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata debet esse possessio a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor sit,*

dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittuntur.

Hiernach ist die historische Wurzel der retentorischen Interdicte in dem Bedürfniß einer provisorischen Regelung des Besitzstandes für die Dauer des petitorischen Eigenthumsstreites zu suchen. Es galt, demjenigen, welchem eine Verabredung der Parteien selbst zur Seite stand, oder sonst die Situation günstig war, den Besitz einstweilen zu sichern, und dies war eine Sorge des proceßleitenden Magistrats; indem aber dem Begünstigten so die vortheilhafte Rolle des Beklagten in dem bevorstehenden Eigenthumstreit gewährt wurde, lag indirect schon ein Fingerzeig auf die Eigenthumsfrage darin, und man näherte sich der Idee, daß der Besitz ein Symptom des Eigenthums sei. So lange nun der Prätor in summarischer Erörterung, im Wege der eigenen Cognition, über das Provisorium entschied, blieb die Besitzfrage eine bloße Proceßfrage, und konnte noch nicht vom Besitz als selbständigem Rechtsmoment geredet werden; dies trat erst hervor, als der Prätor sich „durch die Benutzung des Interdictenverfahrens von der Untersuchung der thatsächlichen Verhältnisse befreite“ und nun einen (natürlich nur bedingten) Befehl an beide Parteien erließ, welcher das *vim fieri* untersagte. Hier trat der Besitz als ein selbständiges, rechtlich zu verhandelndes, Verhältniß hervor, und es wird seitdem klar, daß der Interdictenschutz im letzten Grunde nicht durch die Delictsfrage, sondern durch die Eigenthumsfrage motivirt ist. Wir münden mit dieser Betrachtung in jener Theorie ein, welche den dogmatischen Gehalt der Possessio darein setzt, daß sie die Erscheinungsform des Eigenthums sei.

Zweiter Titel.

Die Servituten.

XX—XXII. Kapitel.

(Zu § 523-548)

I.

Die Voraussetzung und Grenze des Servitutbegriffs.

Bei der Betrachtung des Römischen Servitutbegriffs erheben sich zwei Grundfragen, welche Anlaß geben, einen allgemeinen Karakterzug des Römischen Rechts in deutliches Licht zu stellen. 1) Gehört es zu den Voraussetzungen der Servituten, daß die dienende Sache im Eigen-

thum eines Anderen steht? und 2) gibt es eine Schranke rücksichtlich des Inhalts, so daß gewisse Vortheile, die an sich denkbar wären als gesicherte Rechte eines Nichteigenthümers, nicht als Servituten formirbar sind? Die letztere Frage scheint weniger zweifelhafter Natur zu seyn, als die erstere, doch meine ich, daß in beiden Punkten von den Römern mit einem gleich entschiedenen Ja und aus ganz verwandten Gesichtspunkten geantwortet worden ist.

Der Naturalismus wird ein Nein vorziehen und folgendermaßen argumentiren. Ad 1) Unter Umständen kann es einem Grundbesitzer darum zu thun seyn, irgend ein Grundstück, welches noch in Niemandes Eigenthum ist, nur zu einem gewissen beschränkten Zweck zu benutzen, ohne daß er darum Willens ist, als dessen Eigenthümer zu gelten, z. B. darum nicht, weil er die Grundsteuerpflicht vermeiden möchte; er könnte also eine *servitus viae* in dem Sinn ausüben, daß er diese occupirt und sie sich für den Fall einer Eigenthumsoccupation durch Andere sichert. Warum wäre hier zu verlangen, daß er entweder gar nichts haben oder aber das Ganze, d. h. das Eigenthum nehmen soll? und jedenfalls entspräche hier ein Erwerb des Eigenthums nicht seinem Willen, der eben nur auf *via* gerichtet war! Noch läßt sich hinzufügen, die Annahme einer in sich selbst begründeten Servitut würde auch den Vortheil gewähren, daß es dann keine Schwierigkeit hätte, einem Servitutberechtigten seine Servitut auch für den Fall zu wahren, daß der Eigenthümer das Object derelinquiren sollte. — Ad 2) Der Naturalismus wird fortfahren: Und warum soll nicht jegliche Annehmlichkeit, welche überhaupt für ein Menschenkind denkbar ist, zur Servitut gestempelt werden können? z. B. das Recht, spatzieren zu gehen. Warum da eine Schranke? Man lasse doch das menschliche Belieben auch hier in voller Freiheit! Es ist eine Einschnürung des Privatwillens, wenn ihm versagt wird, eine Servitut mit einem ganz beliebigen Inhalt zu errichten; es ist das ein Absolutismus, unter welchem die individuelle Mannichfaltigkeit ohne Nutzen leidet. — So der Naturalismus.

Gegen denselben läßt sich Folgendes aufstellen. Ad 1) Die Servitut ist ihrer Idee nach ein beschränktes Herrschaftsrecht; die Schranke seines Inhalts aber kann nicht in dem zufälligen Willen des Servitutberechtigten, sondern nur in dem Willen eines Anderen, nämlich des Eigenthümers, dessen primäres Recht eine objective Schranke bildet, enthalten seyn; hiermit stimmt der Gedanke überein, daß eine Sache, bevor sie als Rechtsobject einem Fremden dienen kann, erst zu einem Rechtsobject überhaupt gemacht, d. h. Eigenthumsobject geworden seyn muß. Wenn Jemand sich überhaupt in ein Rechtsverhältniß zu einer Sache setzt, so schafft er eben damit ein Eigenthumsverhältniß; es braucht dabei die juristische Vorstellung des Occupanten durchaus nicht bestimmt und klar zu seyn: genug, daß er überhaupt eine Herrschaft will, und die bis dahin rechtlich indifferente Situation der Sache der Unterwerfung derselben unter diese Herrschaft keine Schranke setzt. — Ad 2) Wie man von einem höheren Standpunkt aus die Skla-

verei als eine Ausnahme, die Freiheit als die Regel auffassen wird, so auch die *libertas rei;* die Servitut ist der Idee nach und auch statistisch gerechnet die Ausnahme. Ausnahmen aber dürfen nicht absolut begünstigt werden. Nun drückt allerdings der Servitutbegriff ein typisches Verkehrsverhältniß aus, aber eben, weil es ein typisches Verhältniß ist, fallen nur solche Fälle begründeter Maßen unter dasselbe, in welchen ein regelmäßig wiederkehrendes Bedürfniß Befriedigung findet. Ein ernsthaft angelegtes System läßt nicht gern mit sich spielen, es wäre aber ein Spielen mit dem Servitutbegriff, wenn jegliche Laune dieses oder jenes Sonderlings irgend einen Einfall unter der Firma der Servitut zu verewigen vermöchte.

Zufolge dieser Sätze legt allerdings das System des Rechts dem menschlichen Willen, dessen Ausdruck doch überhaupt das Recht seyn soll, zugleich eine Schranke an und erinnert gleichsam den Willen daran, daß er sich nicht gehen lassen und in Ungebundenheit ausarten soll. Dieses Erinnern und Beschränken liegt ganz in der Art des antiken Geistes. Wie der hellenische Kunstgenius sich in tausend Schranken bewegte, wie der Geist der classischen Sprachen ein bestimmtes Maß strenger Formen ertrug: so ist auch die Kraft des Römischen Rechts zum guten Theil gerade in seiner strengen und gebundenen Weise enthalten. Ein schrankenloser Geist hat noch nie Dauerhaftes geschaffen, nicht die ungebundene, sondern die gebundene Rede gilt als höchste Leistung des poetischen Genius, und im Metrum conserviren sich die plastischen Ideen der Meister am längsten und sichersten. Ich möchte darum jene Tendenz des Römischen Rechts, für welche die angeführten zwei Sätze als Beispiele dienen können, das Gesetz des civilistischen Metrums nennen. Wir finden dasselbe allenthalben im classischen Recht der Römer ausgeprägt (vergl. z. B. Cursus § 577 sub b u. Dernburg Pfandrecht II. S. 440. 496), dieses verdankt ihm seine durchsichtige Helligkeit, gedankenmäßige Greifbarkeit und prägnante Sparsamkeit, und an ihm erkennen wir die geschwisterliche Congenialität des hellenischen und italischen Volksthums, die Verwandtschaft des *καλὸν κἀγαθὸν* und des *aequum et bonum.* Für dieses Gesetz in jener zweiten Anwendung (ad 2) läßt sich die bekannte Stelle des Paulus (*fr. 8. D. de serv. 8, 1:* s. Cursus § 526. Abs. 2) anführen, für die erstere Anwendung (ad 1) besitzen wir kein directes Zeugniß, ja man könnte sogar eine Bemerkung des Ulpian (*Fragm. 1, 19*) auf den ersten Anblick für einen Beweis des Gegentheils halten. Der Jurist sagt hier, daß ein Sklave, welcher Gegenstand des Mißbrauchs sei, durch Freilassung nicht frei, sondern *servus sine domino* werde; solchenfalls ist allerdings ein *ususfructus* ohne die Basis einer *proprietas* vorhanden. Allein offenbar liegt beim Sklaven, welcher *jure naturali* frei und Person ist, die Frage anders, als bei anderen Objecten; eben dieses Recht, welches der Sklave *jure naturali* an sich hatte, bildete die Basis des beschränkten Rechts eines Anderen, gleichwie auch auf einer Naturalobligation ein vollwirksames Recht ruhen kann.

Die Wahrung des Metrums hat aber nicht bloß ideellen, sondern auch praktischen Werth, denn es hält Ueberladung und Verwirrung fern und gestattet eine sichere und controlirbare Anwendung des Rechts im Leben und im Gericht. Jede Servitut ist eine künstliche Verschränkung zweier Privatsphären und wird als solche leicht die Quelle von Streitigkeiten; besonders nahe aber läge diese Gefahr, wenn der Inhalt der Servitut durch launenhafte Einfälle bestimmt wäre. Zu welchen Chicanen könnte das in vielen Fällen führen, aus denen keine Förderung des Verkehrs, sondern nur Erbitterung der Gemüther entspringen würde, und wie oft würde das einen Fallstrick für den Richter geben, welcher doch sichern Ganges die Linien seiner Meßkunst durch die so schon hinreichend complicirte Verkehrsfläche ziehen soll! Auch da müßten unentwirrbare Knoten entstehen, wo servitutartige Occupationen, d. h. Servitutbegründungen an eigenthumslosen Objecten, zugelassen würden, die Marksteine des Grundeigenthums, für deren äußere Ordnung immer mit Recht besondere Sorge getragen wird, würden im Bereiche der inneren Kriterien unkenntlich und unsicher werden! Man wird daher vorziehen, mit einem eigenen Rechtssatz für den Fall augenblicklicher Dereliction eines dienenden Grundstücks nachzuhelfen, d. h. entweder zu sagen, daß im Fall neuer Occupation die Servitut wieder aufleben soll, oder daß der Servitutberechtigte von selbst Eigenthümer des derelinquirten Grundstücks werden soll, statt um eines so seltenen Falles willen dem ganzen Servitutbegriff sein civilistisches Metrum zu rauben.

II.

Die Grundregeln der Servitutenlehre.

Zu § **525. 526. 529**] In den Quellen finden sich folgende allgemeine Grundsätze für die Servituten aufgestellt: 1) *Servitus in faciendo consistere non potest* (*Pomp. fr. 15. D. de serv. 8, 1*): zur Unterscheidung der Servitut als dinglichen Rechts von den Obligationen.

2) *Servitutis natura individua est* (*Pomp.* in dem Cramerschen Fragment und *Celsus* in *fr. 6. § 1. D. quemadm. serv. am. 8, 6*), d. h. die Ausübung (*usus servitutis*) kann nicht in Bruchtheile zerlegt werden; daher liegt in jedem, auch beschränkten Ausübungsact eine Ausübung der ganzen Servitut, die in Frage ist (*fr. 8. § 1. D. quom. serv. amitt. 8, 6*), und kann eine Verpflichtung zur Servitutbestellung nicht durch Erbfall in eine Verpflichtung der mehrern Erben zur Bestellung *pro rata* übergehen (*fr. 17. D. de serv. 8, 1*). Heinzelmann (Die Untheilbarkeit der Servituten. Nördl. 1853) nennt dies innere Untheilbarkeit der Servituten, weil noch in einem anderen mehr äußerlichen Sinn von Untheilbarkeit derselben geredet wird (s. unten). Nur der *usus fructus* wird als theilbar behandelt, weil der reelle Gewinn, welchen die Ausübung desselben gewährt, auf einfachem Wege quantificirbar ist, und die Bruch-

theile des ermittelten Gewinnquantums wie Theile des Nießbrauchsrechts selbst behandelt werden können (*fr. 5. D. de serv. 7, 1; fr. 19. D. de usu 7, 8*).

3) *Nulli res sua servit* (*Paul. fr. 26. D. de serv. pr. urb. 8, 2*), denn es kann Niemand, wozu er als Eigenthümer berechtigt ist, dazu außerdem noch unter einem anderen, abgeleiteten Rechtstitel berechtigt seyn; daher erlischt z. B., wenn der *dominus rei servientis* den Servitutberechtigten beerbt, die Servitut durch *confusio,* und diese ist eine von selbst eintretende Rechtswirkung der *hereditatis aditio.* Der Eigenthümer übt von da an den Inhalt der ehemaligen Servitut nicht als Servitutberechtigter, sondern kraft seines Eigenthums aus (s. Cursus § 544).

4) *Servitus servitutis esse non potest* (*Paul. fr. 1. D. de usu per legatum 33, 2;* dazu *Afr.* in *fr. 33. § 1. D. de serv. pr. rust. 8, 3: servitutis fructus constitui non potest*); dies soll nicht den einfacher formulirbaren Satz, daß eine Servitut ein Recht an einer Sache und folglich nicht an einer Servitut bestellbar sei, ausdrücken, denn es wäre wohl denkbar, daß, gleichwie ein *pignus pignoris* anerkannt ist, auch der Kunstbegriff einer Afterservitut ausgebildet würde; vielmehr soll mit jenem Satze wohl nur eine Consequenz aus der Unveräußerlichkeit der Servituten ausgesprochen werden. Die Servitut soll untrennbar seyn von der berechtigten Person, bez. dem herrschenden Grundstück; Begründung eines absoluten (dinglich geschützten) Rechts an der Servitut würde aber wie eine theilweise Ablösung und Veräußerung wirken, entsprechend der ersten Begründung einer Servitut, welche für den *dominus rei servientis* auch die Bedeutung einer Veräußerung hat, so daß Paulus sagen konnte: *ususfructus in multis casibus pars dominii est* (*fr. 4. D. de usufr. 7, 1*).

5) *Servitus non est, si nihil interest,* daher z. B. nicht eine Servitut des Inhalts bestellbar ist: der Nachbar dürfe nicht über sein eigenes Grundstück gehen, oder nicht darauf stehen bleiben, oder nicht die Nutzungen von seiner Sache ziehen. Nur dann kann ein derartiges Verbot als Servitut bestellt werden, wenn es dem Verbotsberechtigten unmittelbar einen Nutzen gewährt, z. B. die Servitut, *jus tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere* (*Pomp. fr. 15. pr. D. de serv. 8, 1*), sofern durch das Nachgraben und Abfangen des Wassers dem unterhalb Angesessenen das ihm sonst zufließende Wasser entzogen werden würde.

6) *Servitus civiliter exercenda est.* Diesen Satz führt Celsus (in *fr. 9. D. de serv. pr. rust. 8, 3*) weitläufig aus; nicht überflüssiger Weise, denn eine solche Beschränkung des Servitutberechtigten in der Ausübung verstößt streng genommen gegen den allgemeinen Rechtssatz: *qui jure suo utitur, neminem laedit.*

7) *Perpetua causa servitutis esse debet* (*Paul. fr. 28. D. de serv. pr. urb. 8, 2*). Auch dieser Satz kann aus dem oben s. g. Gesetz des civilistischen Metrums abgeleitet werden, denn an sich wäre es wohl denkbar, daß auch vorübergehende oder nur zufällig sich wieder-

holende Gewinnmöglichkeiten in den ständigen Rahmen einer Servitut gefaßt würden.

8) ***Praedia debent esse vicina*** (*Nerat. fr. 5. D. de serv. pr. rust. 8, 3*). Es kann dieser Satz auf denselben Grundgedanken, auf welchem der vorhergenannte beruht, zurückgeführt werden, denn außer dem Bereiche nachbarlicher Verhältnisse wird nur ausnahmsweise ein stetiges Interesse des Servitutrechts begründet seyn. Uebrigens ist der Vicinitätsbegriff nicht im engsten Sinne zu verstehen, sondern es gelten als Nachbargrundstücke alle in räumlicher Nähe gelegenen und gleichsam durch die Situation auf einander angewiesenen Grundstücke (*cf. fr. 23. § 3. fr. 38. D. de serv. pr. rust. 8, 3*). —

Die ersten drei Grundsätze sind logischer Art (*subtilitas juris**) und daher directer Abänderung unfähig, sie müssen zu aller Zeit im Römischen Recht gegolten haben. Die übrigen beruhen auf freier Entwickelung und gewissen allgemeinen Rücksichten der *aequitas* und *utilitas*, doch sind auch sie wohl in der Hauptsache immer festgehalten worden.

Die zwei zuletzt aufgeführten Sätze (Perpetuität und Vicinität) sind den Prädialservituten specifisch; rücksichtlich des Dogma's der Perpetuität ist zu bemerken, daß es sich in doppelter Richtung geltend macht: a) in Bezug auf das *praedium serviens;* die Wassergerechtigkeiten setzen nämlich *aqua viva* (fließendes Gewässer) und *aqua perennis* voraus (*fr. 1. § 5. D. de aqua quot. 43, 20*); daher sind sie an *lacus, stagnum, cisterna* nur statthaft, wenn diese durch *viva aqua* gespeist werden (*fr. 28. D. de serv. pr. u. 8, 2; fr. 1. § 4. D. de fonte 43, 22*); b) in Bezug auf das *praedium dominans;* demgemäß ist die *servitus stillicidii* nur für Regenwasser, nicht aber für gelegentliches Spülwasser zulässig (*fr. 28. D. de serv. pr. u. 8, 2*). Vergl. Ad. Schmidt in Bekker's Jahrb. d. gem. R. III. S. 261—3. —

Das oben berührte Dogma der Servitut-Untheilbarkeit anlangend, so ist zu bemerken, daß dasselbe noch in einem weiteren Sinn verstanden wird, indem Fälle darunter begriffen werden, deren Princip nichts mit der Natur der Servitutausübung zu thun hat; diese Fälle werden so bezeichnet: *servitus pro parte (s. per partem) neque acquiri neque amitti potest.* Dies soll nicht bedeuten: die Servitut kann nicht zu einem Theil (so daß die Servitut selbst getheilt würde) erworben, aufgehoben werden, sondern: die Servitut kann nicht auf einen Intellectualtheil des (dienenden oder herrschenden) Grundstücks beschränkt seyn. Dies beweisen Stellen, wie von Ulpian: *Si quis partem aedium tradat vel partem fundi, non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec acquiri; plane si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus* (*fr. 6. § 1. D. communia praedior. 8, 4*) — oder von Modestin: *pro parte dominii servitutem acquiri non posse vulgo traditur* (*fr. 11. D. de serv. 8, 1*). Der

*) Vergl. Cursus § 19.

Bezug des Wortes *pars* auf das Grundstück (*pars dominii*) wird in den Quellen häufig nicht besonders ausgedrückt (z. B. von *African* in *fr. 32. D. de serv. pr. rust. 8, 3*), und dies gab Veranlassung zur Vermengung dieser Fälle mit denen, in welchen es sich um Untheilbarkeit der Ausübung handelt. Der Grund aber, warum Servituten nicht zu einem Intellectualtheil des *praedium serviens* oder *dominans* bestellt oder aufgehoben werden können, liegt darin, daß Intellectualtheilung keine Theilung der Sache (sondern eine Theilung des Rechts daran*), Servitut aber ein die Sache selbst ergreifendes, bez. an der Sache selbst haftendes Recht ist; vergl. *Javolen* in *fr. 13. § 1. D. eod.: si totus ager itineri servit, servitus ita diffusa est, ut omnes glebae serviant,* und *Paulus* in *fr. 23. § 3. D. eod.: servitus omnibus partibus* (*i. e. corporalibus*) *debetur;* aus welchem Grunde das Servitutrecht auch geradezu als eine *causa* oder *conditio fundi* bezeichnet wird (*Cels. fr. 6. § 1. D. quemadm. serv. am. 8, 6* und *Paul.* in *fr. 23. § 2. D. de serv. pr. rust. 8, 3*). — Vergl. Kuntze i. d. Heidelb. krit. Zeitschr. f. d. gesammte Rechtswiss. I. (1853) S. 554—560. u. Girtanner in Ihering's Jahrbb. f. d. Dogmatik III (1859) S. 268.

Dritter Titel.

Das Pfandrecht.

XXIII. Kapitel.

I. Geschichte, Begriff und Inhalt des Pfandrechts.

(Zu § 549-565)

I.

Personal- und Realcredit.

Zu § **549. 550**] Die ausgebildete Theorie des Pfandrechts ist jünger, als gewöhnlich angenommen wird: ihre Hauptbegründer mögen (nach Julian) Marcian und Papinian gewesen seyn; Marcian's *liber singularis ad formulam hypothecariam* bildet in den Digestenexcerpten den eigentlichen Grundstock der Lehre, wie sie uns als abgeschlossene Rechtsentwicklung in den Quellen vorliegt. Man kann fragen, wie eine verhältnißmäßig so späte Ausbildung der Pfandtheorie zu erklären sei, da doch der juristische Genius Rom's sonst mit den Grundlinien seiner Arbeit früher fertig ward. Die Antwort hierauf kann nur eine allgemein culturgeschichtliche seyn; wir haben es hier mit einer nationalen Inclination des Römerthums zu thun.

*) Vergl. Cursus § 439. 495.

Dernburg (d. Pfandrecht, I. S. 3—5) entwickelt anschaulich: „Die Bürgschaft beruht auf der Idee der Association, das Pfandrecht regelmäßig auf der eignen Vermögensstellung des Schuldners; das Pfandrecht bietet nur materielle, die Bürgschaft auch moralische Garantien. Es ist karakteristisch für den Culturstand eines Staates, eines Standes, ob die eine oder die andere Art von Sicherstellungen überwiegt. Die natürlichste Caution ist offenbar die durch Bürgen, sie bleibt auf dem Gebiete des Obligationenrechts und operirt nicht mit fremden Mitteln. Es macht sich gleichsam von selbst, daß der Geldsuchende sich auf das Zeugniß von Genossen, die dem Capitalisten näher bekannt sind, beruft, daß diese sich neben dem Schuldner auf dieselbe Leistung verpflichten. Dadurch erhält denn der Gläubiger die erhöhte Garantie, welche eine größere Zahl der Schuldner gibt, die alle mit ihrer Person und ihrem Vermögen haften, es mindert sich die Gefahr, die durch den Vermögensverfall des Einen oder Anderen entstehen kann. Aber von nicht geringerem Werth ist die moralische Gewähr, welche dem Creditor das Eintreten von Bürgen gibt. Sie dienen ihm als Zeugen für die ökonomische und moralische Tüchtigkeit des Schuldners, und dies Zeugniß besiegeln sie — nicht mit einem Eid — sondern mit dem Einsatz ihres Vermögens, ihrer Freiheit, sie erscheinen als Wächter über die Loyalität des Schuldners und sind im eignen Interesse genöthigt, bei dem ersten Zeichen des Verfalls desselben Rechtsverfolgung zu veranlassen. Die Grundlage des Credits kann dieses Cautionssystem freilich nur in Verhältnissen bilden, in welchen der Einzelne größeren, geschloßnen oder freien, Associationsverbänden angehört; es muß das Bewußtseyn lebendig seyn, daß das Wohl des einen Gliedes für Alle wichtig ist; die Unterstützung durch eine eigenthümliche Standesehre darf nicht fehlen. Wo sich diese Verbände lösen, wo das Gemeingefühl weicht, und der Einzelne darauf angewiesen ist, isolirt und für sich den Anforderungen des Lebens entgegenzutreten, wird mit dem Mangel der Bereitwilligkeit zur Verbürgung das Bedürfniß nach anderen Sicherungsmitteln erwachen. Vor Allem wird dann das Pfandrecht in den Vordergrund gerückt. Wenn bei ihm keine Person in den Obligationsnexus eintritt, so verschafft es dem Gläubiger dagegen ein unwandelbares Recht an einem Vermögensstück, aus welchem er im Fall nicht rechtzeitiger Tilgung Befriedigung gewinnen kann. Auf künstlichem Wege wird daher mit den Vortheilen des Creditsystems und des Obligationenrechts die Sicherheit des dinglichen Rechts vereinigt. Allerdings gewährt diese Cautionsart nicht, wie die Verbürgung, Zeugniß für des Schuldners Redlichkeit und Tüchtigkeit, ja es liegt in ihr eher ein Gedanke des Mißtrauens, indem durch sie von vornherein ein Gegenstand der Execution für den Fall des Vertragsbruchs festgestellt wird; dafür aber ist die Verpfändung regelmäßig leichter und bequemer zu beschaffen, als Stellung von Bürgen, und mancherlei Rücksichten, welche naturgemäß auf die Bürgen zu nehmen sind, fallen hier weg. — Den Römern waren zur Zeit der Republik beide Rechtsmittel

bekannt, jedoch in solchem Verhältniß, daß der Bürgschaft ursprünglich eine bei Weitem größere Bedeutung, als der Pfandversicherung, zugestanden war. Paßte doch dieses System vorzüglich für ein kleines in Stände gegliedertes Gemeinwesen, in welchem gentilicische und Familienverbindungen, Verbände der Tribulen, Genossenschaften von Coterien und Parteifreunden kräftig blühten, so daß dem wohlbeleumundeten Bürger nicht leicht Bekannte, Verwandte, politische Freunde fehlten, die für ihn einstanden (*Cic. de fin. 5, 23*)." —

Ob aus dieser genossenschaftlich geschloßnen und ständisch gegliederten Art des Römischen Gemeinwesens allein oder auch nur vorzugsweise jenes Vorwiegen des Bürgschafts- vor dem Pfandwesen zu erklären sei, dürfte fraglich erscheinen, wenn wir daneben auf das ältere germanische Verkehrswesen blicken, wo wir auf der Basis eines mindestens ebenso kräftigen Genossenschafts- und Standestriebes doch eine Vorliebe zum Realcredit finden. Ich erkenne in jener alt und ächt Römischen Vorliebe für die Formen des Personalcredits einen nationalen Karakterzug, welcher in den psychischen Zusammenhang des antiken Idealismus gehört.* Wie der antike Staat nicht auf dem Grund und Boden, sondern auf der Bürgerschaft (*civitas*) beruhte, wie das ganze Rechtsleben Rom's mehr eine personale, als eine territoriale Tendenz hatte, wie neben und über dem Sachenrecht der Römer sich verhältnißmäßig früh und reich das Obligationenrecht entwickelte, und der Geist des Obligationenrechts prototypisch für fast alle Seiten des damaligen Rechtslebens wurde**: so liebte es der Römische Rechtssinn von jeher, sich an das ideale Element des menschlichen Willens zu wenden. In der Welt des Willens lag des Römers Heimat, hier lebte er sich am tiefsten hinein, hier operirte daher auch der Römische Rechtssinn am liebsten, aus diesem Stoffe schuf er seine fertigsten und lebenskräftigsten Gestalten. Das Obligationenrecht aber lebt und webt in der Welt des Willens, mehr als ein anderer Theil des Rechtssystems, und die Bürgschaft, der potenzirte Personalcredit, gehört eben dem Obligationenrecht an. Es ist die Stellung der Person zur Person, des Mannes zum Manne, welche in der Bürgschaft zum edlen und eines freien Römers würdigen Ausdruck gelangt; die Natur mit ihren Gewährungen tritt hinter der Tugend des Mannes zurück, der Bürger hält sich an die Person: wie könnte er ohne Weiteres diese umgehend einzelne Stücke des dahinter liegenden Vermögens an sich ziehen? Das war kein nationaler Gedanke. Im Cursus † ist gezeigt, wie in der Verpfändungsidee auf den ersten Stufen ihrer Entwicklung noch das Princip des Personalcredits vorherrschte, und wie eigentlich erst in der Kaiserzeit — im Zusammenhang der beginnenden naturalistischen, späthellenischen Strömung — das Pfandwesen sich zum reinen und vollen Realcredit durcharbeitete; in der Geschichte des Proceßwesens ist bemerkt worden, wie spät erst der naturale Executionsmodus ausgebildet

*) s. oben Excurse S. 355. **) s. unten Excurse zu Kap. 28. †) s. Cursus § 550 a. E.

wurde.* Noch in einer Stelle aus Labeo sehen wir den Verkehrshang zum Personalcredit: *Cum colono tibi convenit, „ut invecta, importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset;" deinde mercedis nomine fidejussorem a colono accepisti; satisfactum tibi videri existimo, et ideo illata pignori esse desiisse* (*fr. 14. D. qu. mod. pign. solv. 20, 6*). Karakteristisch ist die Ulpianische Wendung: *Si quis constituerit, se pignus daturum, cum utilitas pignorum irrepserit, debet etiam hoc constitutum admitti* (*fr. 14. § 1. D. de pec. const. 13, 5*). Wir erkennen daraus, wie noch in so später Zeit das Pfandwesen, welches Jahrhunderte vorher „sich einzuschleichen" begonnen hatte, mehr wie ein fremdes Gewächs betrachtet wurde, und daß es sich mühsam, Schritt für Schritt, jeden Fußbreit Boden im Römischen Gedankensystem erkämpfen mußte. Die Hypothek war im Prätorischen Edict fundirt, und trotzdem behielt für die Prätorischen Cautionen die Bürgschaft immer ihr Monopol; noch zu Ulpian's Zeit galt: *Praetoriae stipulationes personas desiderant pro se intervenientium, et neque pignoribus quis neque pecuniae (vel auri vel argenti) depositione in vicem satisdationis fungitur* (*fr. 7. D. de stip. praet. 46, 5*).

Dennoch mußte in der Kaiserzeit das Pfandwesen an Bedeutung, und die Neigung dazu wachsen; jemehr der Hellenismus eindrang, um so mehr Boden gewann auch die *hypotheca* neben der *fiducia*, und in der Justinianischen Codification spiegelt sich ein Zustand, in welchem die *fiducia* zum Punkt zusammengeschrumpft erscheint; dem wahren Zustand im Occident während des 2. und 3. Jahrh. n. Chr. dürfte dieses Bild schwerlich ganz entsprechen, wenn auch Paulus das *pignus* gleich dem *fidejussor* als *idonea cautio* bezeichnet (*fr. 59. § 6. D. mandati 17, 1*) und sagt: *cautum intelligitur, sive personis sive rebus cautum sit* (*fr. 188. § 1. D. de V. S.*), und bereits Pomponius gesagt haben soll: *plus cautionis est in re, quam in persona* (*fr. 25. D. de R. J.*).

II.
Pfandrecht und Nießbrauch.

Zu § 554] Unter den Servituten ist es der Ususfruct, welcher in den Quellen gar häufig mit dem Pfandrecht zusammen genannt und verglichen wird (z. B. von Gaius in *fr. 27. § 1; fr. 30. D. de nox. act. 9, 4* und von Paulus in *fr. 26. § 6. eod.*), während sonst vielmehr der Unterschied zwischen Servituten und Pfandrecht betont zu werden pflegt. Aeußerlich zeigt sich jene Aehnlichkeit nicht bloß darin, daß beide an Immobilien und auch an Mobilien bestellt werden können (nicht so die Prädialservituten), sondern sie tritt auch namentlich dann hervor, wenn der Pfandgläubiger zugleich den Besitz des Pfandobjects hat (s. g. Faustpfand), was der Detention des Usufructuars entspricht, und noch deutlicher wird die Aehnlichkeit, wenn dem Pfandgläubiger etwa zugleich ein Nutzungsrecht eingeräumt ist (s. g. *antichresis*.**)

*) s. oben Excurse S. 339. **) Vergl. Cursus § 564.

Eine mehr innere Aehnlichkeit aber zeigt sich in folgenden Punkten. 1) Beide Rechte haben eine temporäre Natur, sie erlöschen nach Verstreichung des durch die Umstände gegebenen Zeitraums: das Nießbrauchsrecht nach dem Untergang des berechtigten Individuums, das Pfandrecht nach dem Untergang der zu sichernden Forderung. Beide Rechte aber können auch geradezu *a die* und *ad diem* bestellt werden (*fr. 6. D. qu. mod. pign. solv. 20, 6; fr. 4. D. de usufr. 7, 1*), während von den übrigen Servituten der Satz gilt: *servitutes ipso jure neque ex tempore, neque ad tempus constitui possunt* (*Pap. fr. 4. D. de serv. 8, 1*), und im Fall einer solchen Constituirung einer Servitut nur eine *exceptio doli* dem Besteller zur Seite steht.

2) Wie der Pfandgläubiger nach erfolgter Befriedigung das Pfandobject zu restituiren hat, bis dahin aber für dessen sorgfältige Pflege verantwortlich ist, so haftet auch der Usufructuar (bez. dessen Erbe) in Gemäßheit der *cautio usufructuaria* für Restitution der *res usufructuaria* und für *omnis culpa* in Ansehung derselben (*fr. 65. pr. D. de usufr. 7, 1; fr. 2. D. usufructuarius quemadm. caveat 7, 9*).

3) Wie es einen *quasiususfructus* an Rechten, namentlich einen *ususfructus nominis* gibt,* so auch ein Pfandrecht an Rechten, namentlich ein *pignus nominis.***

4) Wenn Jemandem eine Sache, die mit Servituten belastet ist, legirt wird, so muß er diese Lasten im Zweifelsfall mit auf sich nehmen, d. h. er kann nicht vom onerirten Erben verlangen, daß derselbe die legirte Sache davon frei mache. Nur das Nießbrauchsrecht ist hiervon ausgenommen, weil es eine zu große Beschränkung des Legatars seyn würde, und daher anzunehmen ist, daß der Testator, indem er die Sache schlechthin vermachte, sie frei dem Legatar zukommen lassen wollte: *ususfructus portionis instar obtinet* (*Pap. fr. 76. § 2. D. de legat. II.*). Dasselbe nun gilt auch vom Pfandrecht aus einem ähnlichen Grunde (*fr. 66. § 6. eod.*). —

Auch sonst werden Nießbrauchsrecht und Pfandrecht von den Römischen Juristen vergleichungsweise zusammen- und bez. sich gegenübergestellt, ohne daß aber immer damit eine Singularität des Nießbrauchsrechts ausgedrückt werden soll; so z. B. in *fr. 44. § 5. D. de usurpat. (41, 3)*, wo Papinian eine wichtige Consequenz der selbständigen dinglichen Natur des Pfandrechts: nämlich das Fortbestehen desselben trotz Uebergangs des Eigenthums der Sache durch *usucapio* auf einen Dritten, aus der Analogie des Ususfructs erklärt: *non mutat usucapio superveniens, quominus pignoris persecutio salva sit; ut enim ususfructus usucapi non potest* (seiten des *dominus*), *ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur.* Dies hat der Ususfruct mit sämmtlichen Servituten gemein, wie er denn auch darin, daß er für sich durch *diuturnus usus*† entstehen und durch *non usus* untergehen kann, den

*) s. Cursus § 540. **) s. Cursus § 559. †) s. Cursus § 542.

übrigen Servituten gleichsteht, im Unterschied vom Pfandrecht, für welches diese Entstehung und Endigung nicht anerkannt ist. Vergl. Dernburg Pfandr. I. § 15.

Ebenso werden bei Gelegenheit der Frage, ob der, welcher an einem Sklaven Pfandrecht oder Nießbrauchsrecht hat, *in noxali judicio* diesen Sklaven zu defendiren habe, von Gaius beide Rechte zusammengenannt (*fr. 27. pr. D. de noxal. act. 9, 4*), allein mit der Hinzufügung, daß die dann eintretende Versagung der *pignoris persecutio* oder *ususfructus actio* verschieden wirke, denn: *quo casu dici potest, ipso jure pignus liberari, nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur; ususfructus autem, etiamsi persecutio denegetur, ipso jure durat, eousque donec non utendo constituto tempore pereat.*

III.

Die *Cautio praedibus praediisque* und die Prädiatur.

Zu § **556** Ein in neuerer Zeit vielfach behandeltes Rechtsinstitut ist die Prädiatur. Dasselbe gehörte zwar dem publicistischen Gebiet an, scheint aber das Vorbild für das dann im Privatrecht dem Pfandgläubiger eingeräumte Verkaufsrecht gewesen zu seyn, in ähnlicher Weise, wie die *bonorum emtio* im Römischen Concurswesen sich nach dem Vorbild der *bonorum sectio* gestaltete.* Das Verkaufsrecht, welches später als das eigentliche entscheidende Recht des Pfandgläubigers galt, ist nicht etwa aus der bei der Fiducia frühzeitig vorkommenden *lex commissoria*** hervorgegangen, welche auf einer ganz anderen Idee beruht.

Die Prädiatur aber hängt eng mit dem alten Staatspachtungssystem der Römer zusammen, vermöge dessen der Staat alle seine wirthschaftlichen Functionen nur mittelbar, nämlich durch Verdingung an Privatunternehmer (*redemtores*) erfüllte. Jeder Tempel, jegliches öffentliche Gebäude, welches zu unterhalten und zeitweilig zu repariren war, hatte seinen stereotypen Pachtcontract (*lex Censoria* — *lustrum*), und es bestand der Gebrauch, daß dieselben Unternehmer, d. h. dieselben Gesellschaften, immer auf's Neue, nämlich nach Ablauf der Quinquennalperiode, den Pacht zugeschlagen erhielten. So wurden alle Finanzeinrichtungen der Römer beinahe zu erblichen Rechten der reichen Familien. Zur Aufbringung des erforderlichen Capitals und Stellung genügender Sicherheit für den Staat bildeten sich aus den unternehmenden Capitalisten große Gesellschaften, an deren Spitze und in deren Namen ein s. g. *Manceps* auftrat. Neben diesem aber galten alle Gesellschafter mit als dem Staat verhaftet für die richtige Abführung der fälligen Pachtzinstermine und sie hießen als solche *Praedes.* Vergl. Fechner i. Philologus (1859) S. 241.

Aber auch außerdem kam im ganzen weiten Gebiet publicistischer

*) s. Cursus § 264. **) s. Cursus § 551 a. E. und § 565 sub b.

Verpflichtungen, und vielleicht überhaupt am frühesten bei Steuerpachtungen (so Chr. G. Heyne *De jure praediatorio Lips. 1752. § 4. 9*) die *datio praedum* vor. „Auf dem Gebiete des Staatsrechts sehen wir die *cautio praedibus praediisque* bis in die Kaiserzeit hinein in beständigem Gebrauch. Wo das Volk auf irgend eine Weise als Gläubiger erscheint, wird ihm durch Bürgen (und Güter) cavirt. So z. B. wenn der Staat Privaten Geld lieh (*Liv. 22, 60; Tac. Ann. 6, 17*); so mußte der wegen Peculat Verurtheilte *praedes* stellen, um die Execution abzuwehren (*Liv. 38, 58; Gell. 6, 19*); wegen einer von einem Volkstribun irrogirten Mult werden *praedes* verlangt (*Gell. l. c.*), wie in dem Plebiscit auf der Bantinischen Tafel (*c. 2*) von den dem Gesetz Zuwiderhandelnden; ebenso bei Pacht und Kauf vom Staate, bei Uebernahme von Leistungen an den Staat u. s. w." Rivier Untersuchungen üb. d. *cautio praedibus praediisque* (Berl. 1863) S. 32. Wenn außerdem in civilprocessualer Anwendung *praedes* vorkommen, so ist dazu zu bemerken, daß hier gleichfalls ein publicistischer Zusammenhang gegeben war: denn bei Constituirung der *legis actio sacramento* geschah die *datio praedum*, welche, seitdem die dem *sacrarium* gehörige Sacramentssumme* nicht mehr deponirt, sondern angelobt wurde, nöthig war, im Interesse des Staats, und bei Zusprechung des interimistischen Besitzes an den einen der Litiganten in der *l. a. sacramento in rem* hatte die erforderliche Bürgenstellung** wohl den Sinn, daß durch magistratische Zusprechung im Grunde der Staat selbst dem künftigen Sieger wegen Herausgabe der *lis et vindiciae* verantwortlich schien (so Stintzing i. d. Heidelb. krit. Zeitschr. III. 1856. S. 355; abweichend Rivier a. a. O. S. 23. 33). Eine ausführliche Zusammenstellung aller Anwendungsfälle findet sich bei Bachofen Pfandrecht I. S. 217 ff., Mommsen Stadtrechte von Salpensa und Malaca S. 467 ff. und Rivier a. a. O., S. 33—49.

Offenbar hat die hellenistische Praxis des Steuerpachtwesens mit ihrer strengen Haftung und Realcreditneigung (Rivier a. a. O. Anm. 47 u. 102. u. S. 26. 27. 82) Vorbild und Anstoß gegeben, und wenn dies richtig ist, so erweitert sich die längst feststehende Annahme, daß die Römische *hypotheca* ein griechisches Muster gehabt habe, zu der Annahme, daß überhaupt die Idee des Realcredits eine von Griechenland her in Rom recipirte war, und selbst das publicistische, wie das civilistische Pfandinstitut einen den Römern fremden Ursprung hatte. Zu den wichtigsten Zeugnissen über die *cautio praedibus praediisque* gehören *Festus v. Manceps*, das Ackergesetz v. J. 111† (cap. 19: Assignation und Verkauf africanischer und korinthischer Domainen, Pacht von Ländereien) und das Stadtrecht v. Malaga im 60. u. 63. Abschnitt. „Wie in Rom, so auch in den Municipien. Die 63. Rubrik des Stadtrechts von Malaga schreibt die Art und Weise vor, wie die Verdingungsbedingungen, Preisbestimmungen, Bürgen und Pfänder verzeichnet und bekannt gemacht werden sollen. Eine solche *tabula publica locationis*,

*) Vergl. Cursus § 139. **) Vergl. Cursus § 210. 250. 257. †) s. Excurse S. 187. Nr. 2.

der bekannte Bauverdingungsvertrag von Pozzuoli, ist uns erhalten worden (abgedruckt bei Mommsen *Inscript. Regni Neopol. No. 2458*). Die Güter sind auf der Tafel nicht verzeichnet: sie sind noch gar nicht subsignirt; erst wenn sie es seyn werden, wird die erste Rate des vertragsmäßig festgesetzten Preises ausbezahlt werden. Diese *lex parieti faciundo Puteolana* ist auch deshalb interessant, weil das Verhältniß des allgemeinen Schemas zum concreten Vertrag sich darin besonders prägnant gestaltet" (Rivier S. 44).

Ursprünglich hafteten diese *praedes* mit ihrer Person: der Staat hielt sich, wie er sich an die Person des Hauptschuldners hielt, so auch an die Person der Bürgen, und so lange die alte Strenge der Obligation *jure nexi* in Kraft war, blieb der Credit ein reiner Personalcredit. Als aber in der allgemeinen Rechtsanschauung das Vermögen sich von der Persönlichkeit abzulösen begann, und die alte Kraft des *nexum* durch die *lex Poetelia* beseitigt war, entstand auch für den Staat das Bedürfniß, sich nach neuen Sicherungsmitteln umzuthun: er suchte sich bestimmter Grundstücke der Bürgen zu versichern und nahm dann nur solche Bürgen an, welche einen noch nicht verpfändeten Grundbesitz (*soluta praedia*) hatten. Zwar kam es noch immer vor, daß ohne solche Verpfändung Bürgen zugelassen wurden, und es werden demgemäß nicht selten *praedes* ohne *praedia* erwähnt (*Lex repetund. 17; Liv. 38, 58. 60; Gell. 6, 19*); allein Verpfändung ohne Verbürgung kam niemals vor; „so oft wir in den Quellen von *praedia subsignare* lesen, müssen wir ein Bürgschaftsverhältniß darunter verstehen; denn dem Staat, wie dem Prätor und zu Rom, wie in Griechenland, muß durch Bürgen Sicherheit geleistet werden, und der Hauptschuldner ersetzt durch Verpfändung eigener Grundstücke die Verpflichtung eines Bürgen nicht, sowie auch derjenige, welcher *praedia* für einen Staatsschuldner subsignirt hat, kein andrer seyn kann als ein *praes*" (Rivier S. 27).

Die Verpfändung solcher Grundstücke für den Staat gewährte demselben die Sicherheit, daß er auch im Fall des Insolventwerdens und Veräußerns Executionsobjecte behielt, und sicherte außerdem die Bequemlichkeit eines einfacheren Executionsverfahrens (Zimmermann *De notione et historia cautionis praedibus praediisque. Halle 1859. p. 19*). Die Verpfändung wurde mit *praediis cavere* (*Tac. Ann. 6, 17*), *praedia dare* (*lex agrar. 47, 84*) oder *praedia subdere subsignare obligare*, gewöhnlich einfach mit *praedia subsignare* (*apud aerarium: Cic. pro Flacco 32*) bezeichnet, häufig aber Verbürgung und Verpfändung zusammen genannt: *praedibus praediisque cavere, praedes praediaque dare*, oder *praedes dare praediaque subsignare* (*lex agrar. 4, 5*). Der Ausdruck *subsignatio* (Verpfändung, Verschreibung, Intabulation) rührte daher, daß die vom Magistrat concipirte Schuld- und Bürgschaftsurkunde, in welche die verpfändeten Grundstücke mit eingetragen wurden, vom Schuldner und seinen Bürgen unterzeichnet wurde; die Verbürgung selbst geschah durch Sponsion (*Varro de L. L. 6, 74*), während für die Verpfändung diese *subsignatio* der entscheidende Act

war (Rivier S. 57). Cavirt wurde dem Consul, Censor, Prätor, Aedil, Quaestor, Tribun, welcher für die einzelne Sache competent war, in der Kaiserzeit in der Regel den *praefecti aerario* (Rivier S. 60—62).

Bestritten ist sowohl, welches die Stellung des Hauptschuldners (*manceps*), als auch, welches die Lage der subsignirten Grundstücke war. Nach Mommsen (Stadtrecht von Malaga S. 471) haftete der Hauptschuldner selbst gar nicht; nach Hugo (Römische Rechtsgesch. 9. Aufl. S. 449) u. A. wurde der Staat Eigenthümer der *praedia sub pacto fiduciae:* beides aber ist unhaltbar. Vielmehr haftete der Hauptschuldner *ex sponsione* (*Fest. v. Manceps* und *Praes*), wenn es auch vielleicht Usance war, ihn nicht selbst in Anspruch zu nehmen, und die subsignirten Grundstücke hafteten nur *loco pignoris* (*Varro 5, 40; Scholia Bobiensia* zu *Cic. pr. Flacc.: Orelli II, 244*). Vergl. Rivier S. 72. 81. 99.

Aus der Zeit der persönlichen Haftung, wo der *praes* gerade wie ein *judicatus* oder *nexus* haftete, war der Ausdruck *praedum venditio* geblieben, welcher noch die spätere Vermögensexecution bezeichnete, wie sie für die Eintreibung der Staatsschulden überhaupt bestand. „Das republikanische Aerar erspart sich die Weiterungen der Execution und des Concurses durch die Cession (*venditio*) eines solchen Geschäfts an Publicanen gegen eine baare Licitationssumme“ (Rudorff Röm. R.-Gesch. II. S. 308). „Das ist der Grundgedanke der *praedum venditio*. Wie die Hypothek des Staats auf Gütermassen insolventer Staatsschuldner an den *Sector*, und die der Privatgläubiger an den *bonorum emtor* verkauft wurde, so verkauft auch der Staat seine executive Forderung auf das Gesammtvermögen der Bürgen, eventuell der Cognitoren und sein Pfandrecht auf die subsignirten Grundstücke an den Prädiator“ (Rivier S. 96).

Zu dieser *praedum venditio* gehört die Prädiatur, worüber Rivier (S. 103—6) Folgendes bemerkt: „*Publicanus* im weitern Sinn ist bekanntlich ein Jeder, welcher mit dem Staate, *populus, publicum, res publica,* Geschäfte macht, und zwar als Gewerbe (Becker-Marquard R. Alterth. III. 2. S. 217). So der Pächter öffentlicher Nutzungen, der Uebernehmer von Leistungen an das Gemeindewesen, der Steuerpächter, welcher in einem engeren technischen Sinn *publicanus* heißt (Dirksen *Manuale latinitatis*. Berl. 1839. *v. Publicanus*), der Güterausschlachter, *sector*. Ebenso gehört dazu eine Gattung von Industriellen, welche *praediatores* genannt wurden, und deren Gewerbe es war, die pfandrechtliche executive Forderung des Staats an die Bürgen und an die Sachverständigen, die *praedes praediaque cognitoresve* zu erstehen (*Gai. 2, 61*). Die jetzt allgemein als richtig anerkannte Ansicht über das Wesen der Prädiatoren hat schon Salmasius (*de modo usurarum, cap. 16*), ihre Eigenschaft als Publicanen hat zuerst Heyne (*Diss. p. 34*) trefflich hervorgehoben. Es scheint, daß sich die Prädiatoren nicht ausschließlich auf Ankauf der Staatsforderungen und der Staatshypotheken beschränkten, sondern nebenbei auch von Privatgläubigern hypothecirte Grundstücke erstanden, und also vielfach, ihrem Namen gemäß,

Güterhändler überhaupt waren. Daß die Prädiatoren, wie die anderen Publicanen, Gesellschaften bildeten, um Alles nach einem größeren Maßstabe betreiben zu können, erhellt aus *tab. Malacit. 65: ut ii, qui eos praedes cognitores ea praedia mercati erunt, praedes socii heredesque eorum iique, ad quos ea res pertinebit, de iis rebus agere easque res petere persequi recte possint.* Der Käufer im einzelnen Fall spielte hier dieselbe Rolle, wie der *manceps* der Steuerpächter; die Bürgen liefern den Beweis dafür, daß nicht nothwendig baar bezahlt wurde. Es ist anzunehmen, daß die Prädiatorengesellschaften nach dem Vorbilde der Publicanengesellschaften überhaupt organisirt waren." Vergl. auch Heyne *Diss. § 11.* und Zimmermann *Diss. § 5.*

Rivier (S. 106—122) sagt weiter: „Die Lehre vom Verkauf der Forderung des Staats auf die ihm verfallenen Güter und von der Wiederlösung dieser bildet das s. g. prädiatorische Recht. Es ist das theils aus Usance, theils auf gesetzgeberischem Wege entstandene Recht, welchem namentlich die Prädiatoren in ihren Beziehungen zum Staat unterworfen sind ... Diese Theorie des Verfalls und der Wiederlösung der Güter war Gegenstand specieller Studien und galt als verwickelt und schwer. Daß einige Rechtsgelehrte ihr Fach daraus machten, ist gewiß. In einem Briefe des Cicero v. J. 49 v. Chr. (*ad Div. V, 2, 30*) erscheint C. Furius Camillus, ein feiner eleganter Jurist und Cicero's Freund, als im prädiatorischen Recht besonders bewandert. Außerdem mochte darin Routine die Hauptrolle spielen. Q. Mucius Scaevola, der Augur, pflegte diejenigen, die ihn in solchen Fragen um Rechtsbelehrung angingen, in der Regel an die Güterhändler Furius und Cascellius zu verweisen (*Cic. pro Balbo 20*; *Valer. Max. 8, 12, 1*) ... Sueton, Gaius und das Stadtrecht von Malaga erwähnen ein Gesetz, welches sie nach seinem Inhalt *Lex praediatoria* nennen (vergl. Mommsen Stadtrecht v. Mal. S. 474; Dernburg Pfandrecht I. S. 36). Es räumte den Pächtern der Römischen Staatssteuern die *legis actio per pignoris capionem* gegen die Steuerpflichtigen ein (*Gai. 4, 28*) und ordnete das Executionsverfahren gegen die Bürgen und Sachverständigen an, und zwar vorerst die Bedingungen des 1. Licitationstermins, woher auch dieser erste Verkauf in einem engern technischen Sinn als *venditio e lege praediatoria* bezeichnet wird (*aes Malac. 64*), im Fall erfolglosen 1. Termins die veränderten Bedingungen eines zweiten. ... Weiter gebaut wurde durch das prätorische Edict, welches einen Titel: Von Prädiatoren, enthielt (*fr. 24. D. de jure dot. 23, 3*), und später durch das Edict der Aerarvorsteher (*Suet. Claud. 9.*). Vor Allem aber muß hier die Praxis eingewirkt haben ... Die Schuld muß fällig seyn: das ist die einzige Bedingung, welche erfüllt seyn muß, damit Verkauf eintreten könne. Aber unmittelbar nach dem Verzug, ohne erst ein Urtheil erwirken zu müssen, konnte dazu geschritten werden. Dies ist die Folge der publicistischen Natur der Prädialcaution, und was vom alten Handanlegungsverfahren übrig geblieben (Mommsen S. 472ff. Zimmermann p. 44) ... Die Cognitoren waren der Execution verfallen, wenn

sich ihr Spruch als unwahr erwiesen, *si quid eorum, in quae cognitores facti erunt, ita non erit* (*aes Malac. 64*); daß sie erst dann angegangen wurden, wenn der Staat sich aus dem Bürgenverkauf nicht hatte befriedigen können, liegt in der Natur der Sache (Zimmermann *l. c.*). ... Das Stadtrecht von Malaga unterscheidet scharf *venditio lege praediatoria* und *venditio in vacuum*. Jene bildet den 1. Termin und ist der regelmäßige ordentliche Verkauf. Der 2. Termin ist nur eventuell. Im 1. Termin werden Forderung und Pfandrecht *al pari* ausgeboten, d. h. der Käufer muß dem Staat diejenige Summe bezahlen, welche der „Verkaufte" schuldig war. Von einer Versteigerung wird also in diesem Termin nicht wohl die Rede seyn können. Wesentlich ist hier, daß der Verkaufte zum Mitbieten zugelassen und darin bevorzugt wurde (Dernburg I. S. 38. Zimmermann *l. c.*)." Im 2. Termin begnügt sich der Staat mit Procenten, es wird kein Preislimitum festgehalten (*in vacuum*). Die Frage nach der rechtlichen Stellung des *praediator* beantwortet Rivier (S. 123—132) so: „Die Wirkung des ursprünglichen Verkaufs des Staatsschuldners war derjenigen des Verkaufs der *nexi* und der *damnati* gleich. Es ist anzunehmen, daß eine Zeit lang directe *bonorum venditio* von Seiten des Staats stattfand, bevor sich der Forderungskauf ausbildete. Nachdem dieser aufgekommen war, übertrug fortan der Staat auf den Käufer sein Recht auf das gesammte Vermögen des Bürgen und das Pfandrecht an den subsignirten Grundstücken. Darin war vorerst das Recht der Einziehung enthalten, das Recht, sich aus dem Vermögen bezahlt zu machen. Waren Grundstücke subsignirt, so waren sie einfach als Pfänder zu verkaufen. Bezahlte aber der Bürge, resp. der Cognitor rechtzeitig, so wurde er frei, erhielt also die Verfügung über sein Vermögen wieder. Dies scheint so sehr die Regel gewesen zu seyn, daß Gaius (*2, 61*) selbst nach geschehenem Verkauf denjenigen, dessen Güter verkauft sind, noch *dominus* nennt. So gestaltete sich nach und nach das Recht des Käufers an dem Vermögen des *venditus* ganz so, wie das Recht des *fiduciarius creditor* an der ihm *sub pacto fiduciae* mancipirten Sache, wie ein fiduciarisches Eigenthum ... Die Stellung des *venditus* dagegen war identisch mit der des alten Eigenthümers der fiducirten Sache; wenn er die Leistung, zu welcher er verpflichtet war, erfüllte, so erhielt er das aufgegebene Eigenthum wieder. So konnte auch die dem Fiduciarschuldner zustehende *usureceptio* auf diesen der Fiducia analogen Fall angewendet werden (Mommsen S. 476. Zimmermann p. 50). Die *usureceptio ex praediatura* ist die Wiedererlangung eines prädiatorisch-rechtlich verfallenen Vermögensstücks von Seiten des früheren Eigenthümers, dem Käufer der Staatsforderung oder dessen Rechtsnachfolger gegenüber" (Huschke i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIV. S. 371). Vergl. hierzu auch Schlayer i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß. N. F. XXI. S. 41 ff.

Dieser Darstellung gegenüber behauptet Göppert in Rudorff's Zeitschr. f. Rechtsgesch. IV. S. 249 ff., daß für den Staat in Betreff sei-

ner Forderungen und der Geltendmachung derselben keine Besonderheiten gegolten hätten, und demgemäß auch die Haftung der *praedes* nicht der Art gewesen sei, daß eine besondere Kategorie „publicistischer Obligationen“ aufgestellt werden könne; der Käufer der *praedes* erhielt nur die gewöhnlichen Klagen zur Geltendmachung der vom Staat erworbenen, mit Bürgschaft und Pfandrecht geschützten Forderungen, und vom gewöhnlichen *fidejussor* unterschied er sich nur durch die Verpflichtungsformel: *In idem praes es* (oder: *idem praestabis*)? *Praes* (*sum*). In der Hauptsache stimmt hiermit Bruns (*Symbolae Bethmanno Hollwegio oblatae:* Zur Geschichte der Cession. Berlin 1868) überein, mit dem Bemerken, daß der Staat wegen seiner Steuer- und Contractsforderungen die Schuldner nie verkauft, sondern von jeher nur Vermögensexecution geübt habe (p. 29). Er fährt dann fort: „Man bildete ein System von indirecten Einziehungen der Staatsforderungen aus, d. h. man übertrug die Forderungen so viel als möglich gegen Entgelt auf Privatpersonen und überließ es diesen, sie dann durch Klage oder sonstigen Zwang einzuziehen. Es handelt sich hier weniger um eine Verschiedenheit der Rechtsanschauung, als um ein Princip der Finanzverwaltung. Dagegen erhält die Frage nach der Art, Form und Wirkung der Uebertragung der Staatsobligationen von diesem Standpunkt eine erhöhte Bedeutung, da diese Uebertragung danach gerade die regelmäßige Vermittlung der Einziehung der Forderungen überhaupt bilden mußte“ (S. 30). Die Uebertragung der Forderung auf den *redemtor* und *praediator* sei aber nicht Cession, sondern eine „Attribution“ des Rechts der Art, daß der Erwerber ein selbständiges Forderungsrecht erlange: was auf die Idee einer *ipso jure* eintretenden *novatio per delegationem* hinauskommen würde (S. 54). „Der Verkauf begründet zunächst nur eine Attribution der *praedes* als Schuldner an den Käufer. Zahlen sie, so ist die Sache zu Ende. Zahlen sie nicht, so trat ein Strafaufschlag (*tertia pars*) ein, und damit zugleich ein festes Recht des Käufers, die Hauptsumme nebst dem Aufschlage zu fordern und einzuklagen, ev. sich an die *praedia* zu halten. Das Ganze hatte in einem Gesetze, der *Lex praediatoria,* und dem darauf beruhenden *jus praediatorium* seine allgemeine gesetzliche Grundlage, und wurde im Einzelnen durch die jedesmalige *lex de praedibus vendendis* näher normirt“ (S. 60).

IV.

Legalhypotheken und Pfandprivilegien.

Zu § **569. 577**] A. Neben der feineren theoretischen Durchbildung des Pfandrechts durch die Jurisprudenz der Kaiserzeit (s. Cursus § 556—561) sehen wir auch in der Praxis dieser Zeit neuen Momenten Geltung zutheil werden, welche innerhalb der Grenzen ihres anfänglichen Gebiets volle Berechtigung und keinen Nachtheil zur Folge

hatten. Dies sind die Gebilde der Legalhypothek und des Pfandprivilegs, welche seit dem 2. und 3. Jahrh. n. Chr. in den Horizont des Römischen Rechtslebens treten. Mit Anerkennung der Legalhypotheken des Vermiethers und des Verpachters (Curs. § 569) war im Grunde nur die Gewohnheit des Lebens sanctionirt und der natürlichen Erwägung, daß die Zinsverpflichtung gewissermaßen das mit ihr connexe Mobiliar und Aerndteresultat ergreife, Ausdruck gegeben; für die Legalhypothek des Darleihers zum Hausbau (*pignus insulae*) ließ sich anführen, daß es billig sei, den Darleiher gesetzlich zu schützen, da seiner Hülfe der erhöhte Werth des Hausgrundstücks zu verdanken ist, und es war im Grunde nur eine Fortsetzung dieses Gedankens, wenn bei *versio in rem* dem späteren Darleiher ein Pfandvorzug vor früher begründeten Pfandrechten eingeräumt ward (Cursus § 577. sub b. aa.). Das Römische Hypothekenwesen wäre gesund geblieben, wenn diese Grenzen nicht überschritten worden wären. Allein die Kaiserzeit that dies seit Anfang des 3. Jahrh., und namentlich war es Caracalla, welcher diese unheilvolle Bahn betrat. Nachdem schon Septimius Severus in Verbindung mit Caracalla zu Gunsten der Unmündigen, also aus einem nicht mit der Natur des Pfandrechts selbst zusammenhängenden Grunde, ein Legalpfand eingeführt hatte (Cursus § 569), erklärte Caracalla weiterhin zu Gunsten des Fiscus, daß diesem wegen aller Steuer- und Contractsforderungen eine Legalhypothek, und zwar eine generelle (Curs. § 569), wegen der Steuerforderungen überdies ein Pfandvorzug (Curs. § 576) zukomme.

Hiermit war der Anstoß zu einer Entwicklung gegeben, welche nicht anders als eine Verwicklung genannt werden muß, denn je mehr specielle und gar generelle Legalhypotheken, und bez. Pfandprivilegien anerkannt wurden, um so weiter entfernte sich das Realcreditwesen der alten Welt von dem Ideal, welches bei den Reformen des modernen Grund- und Hypothekenwesens uns vor Augen schwebt. In diesem Ideal liegt das Postulat, daß nur einzelne Vermögensstücke speciell verpfändet werden, und daß die Zeitfolge unbedingt festgehalten werde (was durch die Eintragung in öffentliche Bücher wesentlich erleichtert und vereinfacht wird): denn nur so ist dem Gläubiger möglich, den Werth des für ihn zu begründenden Pfandrechts vollständig zu übersehen und durch rechtzeitige Vorsicht sich vor späteren Nachtheilen zu wahren. Legalhypotheken, die ganz ohne Wissen aller Betheiligten entstehen können, tauchen vielleicht zum Nachtheil eines anderen Pfandgläubigers auf (Dernburg Pfandrecht I. S. 292); Generalpfänder compliciren im Fall der Geltendmachung die Prioritätsfrage, weil da nicht immer der Zeitpunkt der Obligirung einfach zu constatiren ist, und Pfandprivilegien beeinträchtigen sogar principiell die wohlerworbenen älteren Pfandrechte in einer Weise, gegen welche gar kein Schutz ist. Es ist also eine Calamität für den Rechtsverkehr, wenn die Gesetzgebung, wie die der christlichen Kaiserzeit es that, jene Auswüchse zuläßt und begünstigt, und die hieraus kommende Pfandverwirrung ist

eines der frappantesten Symptome des allgemeinen Verfalls und auf's Engste verknüpft mit dem principlosen Verlassen der alten nationalrömischen Oekonomie des Rechts.

B. „Das älteste Legalpfand des Römischen Rechts, das Pfandrecht des Vermiethers an den Illaten des Miethers, scheint unmittelbar aus der Natur der Sache hervorgewachsen. Wie nahe liegt es, daß sich der Vermiether wegen des rückständigen Miethzinses an die Vermögensstücke des Schuldners hält, die er in seiner Wohnung vorfindet und deren Wegbringung er durch Verschließung seines Hauses hindern kann? Wie unzweckmäßig wäre es, ihn zu nöthigen, den wortbrüchigen Miether ziehen zu lassen, um hernach mit großer Beschwerde und Weitläufigkeit auf anderem Wege Zahlung zu erzwingen? .. Die Juristen der Republik nahmen (daher) in die Miethformulare, die sie zu allgemeinem Gebrauch proponirten, Clauseln dieses Inhalts auf. So wurde die Zufügung solcher Pfandconventionen constante Observanz, man sah dieselben in Folge vielhundertjähriger Uebung als ordentlichen Bestandtheil eines jeden Miethvertrags an. Und als die Vermiether gegen das Ende der republikanischen Epoche bei der Beweglichkeit des Verkehrs, dem häufigen Wechsel der Miethwohnungen auch wohl versäumten, die Stipulation eines Pfandrechts ausdrücklich zuzufügen, hielt man dasselbe doch als stillschweigend convenirt, weil die Vermuthung dafür sprach, daß sich der Einzelne von der allgemeinen Regel nicht entfernen wolle. Dies referirt bereits Neratius Priscus unter Hadrian als feststehende Praxis (*fr. 4. D. in qu. caus. 20, 2.* Das Datum dieser Entwicklung ist Controverse: *Thomasius de origine hypothecae tacitae;* dagegen Thierbach *hist. de pign. lib. I, 7*). Doch galt der Satz in classischer Zeit nur für die Stadt Rom und das umliegende Territorium; seit Constantin recipirte man denselben in Constantinopel, erst Justinian erhob jene Localpraxis zum allgemeinen Reichsgesetz." (Dernburg Pfandrecht I. S. 295).

Das zu Gunsten der Pupillen eingeführte Legalpfand beruhte auf einer Constitution von Septimius Severus und Caracalla, welche in einem Rescript des Severus Alexander angeführt (*l. 6. C. de servo pignori dato 7, 8*) und von Ulpian mehrmals erwähnt wird (*fr. 7. pr. D. qui potior. 20, 4; fr. 3. D. de reb. eor. 27, 9*). „Historische Anknüpfungspunkte für diese Verordnung im früheren Recht existiren nicht; es lag in ihr eine legislative Neuerung von Septimius Severus, der vielfach in die Lehre von der Tutel zu Gunsten der Pupillen reformirend eingriff, der das Verbot der Veräußerung unbeweglicher Pupillengüter erließ und in einer seiner Verordnungen ausdrücklich erklärt: *omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, quum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo.*" (Dernburg a. a. O. S. 322). „Neben dem gesetzlichen Pfandrecht an dem mit seinem Geld Erworbenen hat der Mündel nach einer Entscheidung Ulpian's (*fr. 2. D. quando ex facto tutoris 26, 9*) noch eine *rei vindicatio utilis* der von seinem Vormund angeschafften Sachen. In welchem Verhältniß beide Rechtsmittel

stehen, darüber existiren unter den Neueren sehr verschiedene Vorstellungen". (Dernburg* a. a. O. S. 325).

C. Generalhypothek. Das Aerar hatte in dem alten civilrechtlichen Institut der *cautio praedibus praediisque* und *praediatura* (s. oben S. 437 ff.) ein vortheilhaftes Recht; es fragt sich nun, ob dieser Vortheil auch auf den Fiscus der Kaiser überging. Wie es scheint, geschah dies nicht, und die Gründe davon waren folgende: „Die Prädiatur ließ nach ihrer eigenthümlichen Structur nur die Verpfändung von italischen Grundstücken zu, Vermögen andrer Art, namentlich die zahlreichen Besitzungen der Römischen Bürger in den Provinzen, der immer wichtiger werdende Sklavenbesitz waren nicht subsignirbar; hiermit war die Concurrenz bei Pachtung der Abgaben bisher auf Bürger beschränkt, deren Vermögen in italischem Grundbesitz angelegt war. Der Fiscus mußte wünschen, daß der Kreis der bei seinen Locationen Mitbietenden erweitert werde, daß kein Bürger ausgeschlossen sei, der genügende ökonomische Garantien gab; dies geschah, wenn er die Generalhypothek an die Stelle der Prädiatur setzte. Hierzu kam, daß die Prädiatur weit ungelenker und unbequemer war, als die geschmeidige Hypothek. So mußten die verpfändeten *praedia* öffentlich unter Aufsteckung der *hasta* verkauft werden, ein solcher öffentlicher Zwangsverkauf aber liefert oft nur ein ungünstiges Resultat. Auch hatte der Magistrat, was dasselbe noch mehr beeinträchtigte, schwerlich freie Hand in Bezug auf den Termin der Vornahme. Anders wenn dem Fiscus eine Hypothek bestellt wurde; seine Beamten konnten dann, wie jeder Private, *jure creditoris* aus freier Hand verkaufen oder auch den Weg einer öffentlichen Versteigerung wählen" (Dernburg a. a. O. S. 336). Demnach mußte der Fiscus seine Garantien in Bürgschaften und gewöhnlichen Pfandcontracten suchen; die Gesetzgebung kam ihm aber auf einem besonderen Wege noch zu Hülfe, indem sie ihm für seine Contractsschulden eine gesetzliche Generalhypothek gewährte. „Dieser Rechtssatz wird uns mit Bestimmtheit erst zu Ende der classischen Zeit ausgesprochen; aber schwerlich wurde er in dieser Periode plötzlich und durch Einen Willensentschluß ins Leben gerufen. Dürfen wir einer allerdings halb verwischten Spur trauen, so kam diese Legalhypothek — zunächst beschränkt auf eine Classe von Contracten — unmittelbar mit dem Beginn der Kaiserregierung zur Entstehung gewissermaßen als Ersatz für die Privilegien der Prädiatur, auf welche die kaiserliche Kasse verzichtete. In dem gleichzeitig mit Gaius aufgefundenen *Fragmentum de jure fisci* las man § 5: *Bona eorum, qui cum fisco contrahunt, evacuaria velut pignoris jure fisco obligantur: non solum ea, quae habent, sed ea quoque, quae postea habituri sunt.* Lachmann conjecturirte für „*evacuaria*": *de re pecuniaria*, Böcking (*Ulpiani fragm. ed. Böcking 1855. p. 151. 152*) aber stellte mit glücklichem Griff die Lesart *lege XX aria* = *lege vicesimaria* her. Die hier genannte *lex*

*) Hierüber s. die Pandektenvorlesungen.

*vicesimaria** kann keine andere seyn, als die wichtige, von den Alten oft erwähnte *lex Julia de vicesima hereditatium,* durch welche Augustus eine Steuer von 5 Procent auf die Erbschaften der Römischen Bürger legte. Sie verordnete — wenn die Lesart richtig ist — indem sie von vornherein die allgemeinen Grundsätze über die Verpachtung der Abgabe feststellte, daß das Gesammtvermögen der Publicanen, welche die Erbschaftssteuer auf Grundlage des Gesetzes gegen eine Aversionalsumme pachteten, dem öffentlichen Schatz verpfändet seyn solle ... Wie dem auch sei, ursprünglich trat die Generalhypothek keineswegs bei allen fiscalischen Contracten von selbst ein. Sie fand Anwendung, wenn das Specialgesetz, auf dessen Grundlage ein Contract abgeschlossen wurde, das Entstehen jener Hypothek angeordnet hatte, oder wenn die Fiscalbeamten bei Contrahirung der einzelnen Forderung eine solche Verpfändung ausdrücklich bedungen hatten. Andere fiscalische Außenstände erhielten nur ein persönliches *privilegium exigendi*,** vermöge dessen sie im Concurs vor den übrigen Chirographariern ein Vorrecht beanspruchen konnten ... Erst zur Zeit der *Severe* hat man ein Legalpfandrecht am Vermögen aller Contractsschuldner des Fiscus angenommen. Möglich ist, — nach dem Bericht des *fr. 28. D. de jure fisci 49, 14* —, daß Papinian für diese Ausdehnung des fiscalischen Rechts aufgetreten sei ... Nicht ohne Einfluß auf diese Erweiterung des fiscalischen Rechts mag die Umgestaltung in der Verwaltung des Staatsvermögens gewesen seyn, die in die Zeit der *Severe* fiel, .. man drückte das *aerarium Saturni* durch Entziehung der wichtigeren Einnahmequellen zu einer Kasse der Stadt Rom herab und erhob den Fiscus zur alleinigen Staatskasse† ... Von diesem Zeitpunkt an scheint die Behandlung der fiscalischen Privilegien eine Umgestaltung erfahren zu haben. Während früher die Erweiterung der Rechte des Fiscus als etwas Gehässiges galt, und die öffentliche Meinung hierin eine ungebührliche Vergrößerung der Machtstellung des Kaisers erblickte, war jetzt dieser Anschauung der Boden gewonnen, und es war die fiscalische Kasse, auf deren Bestand der ganze Staatshaushalt ruhte, Gegenstand der Begünstigung für Alle, die an der Erhaltung des Staats ein Interesse nahmen" (Dernburg a. a. O. S. 339). „Die classische Kaiserzeit, die Gefährlichkeit allzuvieler Legalhypotheken für den Credit wohl erkennend, hat den, wie es scheint, nicht selten auftauchenden Wünschen der Gemeinden nach Verleihung einer gesetzlichen Generalhypothek am Vermögen ihrer Contractsschuldner keine Rechnung getragen. Nur durch besondere kaiserliche Concession verschafften sich einzelne Städte das Privilegium (z. B. *l. 2. C. de jure reipubl. 11, 29*), die übrigen waren auf das *privilegium exigendi*, das man nach Trajan allen Gemeinden ertheilte, verwiesen (*fr. 38. § 1. D. de rebus auct. jud. 42, 5*)". (Dernburg a. a. O. S. 354).

*) Ueber diese *lex cf.* Bachofen Abhandl. S. 322—395. Jene Bezeichnung findet sich zwar sonst nirgends, man kann aber dafür auf die analogen Wortbildungen *lex tabellaria, testamentaria* u. s. w. verweisen. **) s. unten Excurse zu Kap. XXXI—XXXIII. No. III.

†) s. Cursus § 280.

D. Die künstliche Idee der Pfandprivilegien scheint der letzten Zeit der heidnischen Kaiser entsprungen zu seyn, denn das älteste unter den Pfandprivilegien ist jedenfalls das (seit Schweppe jurist. Magazin I. 1818. S. 81 s. g.) Privileg wegen *versio in rem*, und dieses wird zuerst von den spätern classischen Juristen erwähnt. „Ohne Zweifel fand das Privileg seine älteste Anwendung dann, wenn der Verpfänder im Voraus Pfandrechte an einer künftig zu erwerbenden Sache ertheilt hatte und erst durch den Vorschuß eines späteren Hypothekars diese Sache erwarb, also dann, wenn die ältere Pfandexspectanz der späteren Forderung ihre Verwirklichung dankt. Nichts als eine Unterart dieses Falls liegt vor, wenn eine Generalhypothek auch in Bezug auf alle künftigen Sachen des Verpfänders constituirt ist, und wenn diesem später ein Capitalist Vorschüsse zum Erwerb einer Sache macht, an der er sich eine Hypothek bestellen läßt'... Zweifelhaft ist, ob dieses Privileg bereits von Scaevola (*fr. 21. § 1. D. qui potior. 20, 4*) erwähnt wird; dagegen wird es unzweideutig vorausgesetzt von Papinian in *fr. 3. § 1. eod.*, es wird von Ulpian in *fr. 7. § 1. eod.* auch auf den Fall eines gesetzlichen Pfandrechts angewendet, in principieller Fassung aber ausgesprochen erst von Diocletian in der *l. 7. C. qui potior. (8,18)* und später von Justinian in der *Nov. 97. c. 3*... Nachdem man den Gläubiger privilegirt hatte, durch dessen Vorschüsse ältere Pfandexspectanzen zur Existenz gerufen wurden, schien es nicht fern zu liegen, auch dem ein ähnliches Privileg zuzugestehen, welcher zur Erhaltung einer Pfandsache creditirt hatte. Diesen Schritt that die Römische Praxis, wie uns scheint, erst in der letzten Zeit der classischen Jurisprudenz. Ulpian, der einzige, welcher hiervon vor Justinian berichtet, stützt sich nicht auf die Autorität älterer Juristen, sondern führt bloß, wie dies bei Neuerungen zu geschehen pflegt, die Billigkeit des Privilegs als bestimmenden Grund an (*fr. 5. 6. pr. D. qui potior. 20, 4*)... Hat die Römische Jurisprudenz auch dem ein Privileg zugetheilt, dessen Creditum nicht die Erhaltung älterer Pfandrechte vermittelte, wohl aber den Werth der Pfandsache vermehrte? Man beruft sich für dasselbe darauf, daß Ulpian in *fr. 5. pr. cit.* ein Creditum zur Ausrüstung eines Schiffs als privilegirt bezeichnet, und daß hierin nur eine nützliche Verwendung zu liegen scheint. In der That aber ist diese Aufwendung zur Erhaltung des Pfandobjects nothwendig. Das Schiff, das ohne Ausrüstung im Hafen bleibt, würde dort verfaulen. So betrachtet auch Ulpian die Sache. Dagegen kann die *Nov. 97. c. 3.* allerdings für das Privileg der bloß nützlichen Verwendung angeführt werden.“ (Dernburg Pfandrecht II. S. 428—433).

Die fiscalischen Pfandprivilegien anlangend, so ist zwar der Primipilus, gleich den übrigen Staatsbeamten, zu den Contractsschuldnern des Fiscus im weitern Sinn zu rechnen (s. Dernburg I. S. 346), und mithin genießt ihm gegenüber der Fiscus die Gunst der Generalhypothek, nicht anders wie den übrigen Contractsschuldnern gegenüber, allein es gilt dem Primipilus gegenüber noch der besondere Vor-

theil, daß der Fiscus hier eine privilegirte Hypothek hat. Den übrigen Contractsschuldnern gegenüber scheint der Fiscus wenigstens nicht in allen Fällen sich des gleichen Privilegs erfreut zu haben (s. Dernburg II. S. 440).

Vierter Titel.

Eigenthumsähnliche Prädialrechte.

XXVI. u. XXVII. Kapitel.

Emphyteuse und Superficies.

(Zu § 583-590)

Zu § **583. 584**] Wir haben es hier mit den letzten Ausläufern des großen Entwicklungsprocesses zu thun, welchen der Begriff des dinglichen Rechts bei den Römern durchgemacht hat. Zu festen und abgeklärten Typen hat es das Alterthum in dieser letzten Schöpfung nicht gebracht; sie ging aus mehr oder weniger nur localen oder local verschiedenen Gründen hervor, an denen sich dann die Doctrin mühsam versuchte; aber auch die Theorie scheint bei den Römern nicht zum völligen Abschluß gekommen zu seyn. Wir nähern uns, indem wir die Emphyteuse und Superficies betrachten, dem Nachbargebiete des Sachenrechts, dem Schuldrecht; schon im Bau der Hypothek liegt Einiges, was uns an die Obligatio erinnert, nicht bloß im Zweck der Hypothek, sondern auch in deren beweglicher, elastischer Structur. Aber in den eigenthumsähnlichen Prädialrechten treffen wir ein wirkliches obligatorisches Element als integrirenden Theil.

Das vectigale Prädialrecht (*emphyteusis*) hängt nicht mit dem *ager publicus* des republikanischen Rom zusammen und scheint überhaupt erst in der Kaiserzeit sich zu einem bestimmten Rechtstypus entwickelt zu haben. Vom *ager publicus* der alten Zeit bemerkt Niebuhr (Römische Geschichte I. S. 171. 172): „Seine ungeheure Ausdehnung war durch die Ackergesetze von Tib. Gracchus bis auf den Marsischen Krieg, während desselben durch Verkauf, außerordentlich geschmälert; und wenn die Eroberungen in diesem Krieg, und die Confiscationen der bürgerlichen, große Bezirke wieder hinzugefügt hatten, so waren diese alsbald an Militärcolonien weggegeben. Der Krieg, wodurch Vespasian das Reich eroberte, und die Belohnungen seiner Legionen, hatten die letzten großen Veränderungen dieser Art, bedeutende Ackeranweisungen an die Veteranen in Samnium verursacht (*Aggenus de controv. p. 54*): darauf aber vindicirte seine strenge Sparsamkeit alle von den aufgetheilten Territorien übrig gebliebene, vom Staat nicht ausdrücklich vergebene, von den Colonien und Municipien als Communalland usurpirte

Landstriche, die *subseciva*. Diese Maßregel erschütterte das Vermögen fast aller Landstädte, und Domitian ward durch ein Edict, welches dieses sämmtliche Land den Gemeinden schenkte, die es früher benutzt hatten, der Wohlthäter Italiens (*Frontinus tit. de subsecivis p. 68. 69*): aber damit verschwand auch fast alles Landeigenthum des Staats; und ein Schriftsteller, der wahrscheinlich in das 2. Jahrh. n. Chr. gehört, weiß nur noch in dem damaligen *Picenum*, um *Reate*, von Ländereien, welche Eigenthum des Römischen Volks waren, und deren Steuer der Schatz empfing (*Siculus Flaccus p. 2*). Bis auf so unbedeutende Ausnahmen war nun das Gemeingut (*publicum*) des Staats in der Halbinsel beinahe auf Ströme, Ufer, Straßen beschränkt."

Es liegt demgemäß näher, den Ursprung des *jus in agro vectigali* in der Rechtssphäre der Communalländereien der Municipien und Colonien zu suchen; in der That scheinen auch die von jenem Rechtsverhältniß handelnden Stellen (s. Cursus § 586. 587) nicht an Staats-, sondern nur an Gemeindeländereien zu denken, und es hängt wohl hiermit der insgemein außer Augen gelassene Umstand zusammen, daß das *jus in agro vectigali* nicht durch das Edict, sondern frei in der Praxis ausgebildet worden ist; den Prätoren lag das Ackerwirthschaftswesen außerhalb der Hauptstadt zu fern, als daß sie sich gedrängt fühlen konnten, ihm besondere Beachtung zu schenken, wogegen den angesehenen Juristen, in deren Hand die Leitung der freien Praxis lag, und an welche aus allen Theilen des Reichs die Consultationen gelangten, Anlaß genug erhalten mußten, die theoretisch gestaltende Parole auszutheilen.

Nirgends ist gesagt, daß die Klage des Erbpachters (*emphyteuta* in der späteren Zeit genannt) durch das Edict eingeführt sei; Gaius (*3, 145*) scheint überhaupt noch nichts von einer solchen Klage zu wissen. Wahrscheinlich schuf erst Julian's Autorität die dingliche Klage (*actio vectigalis*), und er mochte sich dabei an die Analogie der *superficies* halten, denn in seinem Digestenwerke (*lib. 34*) behandelte er das *legatum superficiei* (*fr. 86. § 4. D. de legat. I*) und bald darauf (*lib. 38*) das *legatum fundi vectigalis* (*fr. 71. § 5. 6. eod.*). Hier spricht der Jurist von einem *aliquod jus in fundo* im Gegensatz zur *proprietas*, und diese Unsicherheit zeigt, daß er sich da nicht auf festem gewohntem, sondern schwankendem und jungem Boden fühlt. Von einer Hindeutung auf das *Edictum perpetuum* ist nichts zu entdecken. Ebenso wenig deutet in der Hauptstelle, welche wir über das *jus in agro vectigali* haben, Paulus auf das Edict hin, vielmehr zeigen dessen Worte: *placuit competere iis actionem in rem*, eine That des Juristenrechts und der Praxis an (*fr. 1. D. si ager vect. 6, 3*). Wahrscheinlich also ist Julian der Gründer dieser *in rem actio*, und hat sie nach Analogie derjenigen des Superficiars gegeben.

In der Zeit der christlichen Kaiser taucht der Ausdruck *emphyteusis* zur Bezeichnung analoger Rechtsverhältnisse auf, die sich namentlich in der orientalen Reichshälfte bildeten und häuften. Justinian

verschmolz dann das *jus in agro vectigali* mit der Emphyteuse, und diesem Umstande scheint es zugeschrieben werden zu müssen, daß in einer Stelle des Macer (*fr. 15. § 1. D. qui satisdare cog. 2, 8*) und des Ulpian (*fr. 3. § 4. D. de reb. eor. qui sub tutela 27, 9*) der spätere Ausdruck „*emphyteuticum*" sich findet, welcher dahin nur als Interpolation kommen konnte. —

Das superficiare Prädialrecht, wofür der einfache Ausdruck *superficies* die technische Bezeichnung wurde (s. z. B. *Jul.* in *fr. 86. § 4. D. de legat. I.* u. *Ulp.* in *fr. 9. § 4. D. de damno inf. 39, 2* und *fr. 1. § 1. D. de superfic. 43, 18*) ist dagegen ganz unzweifelhaft prätorischen Ursprungs. Seine historischen Wurzeln sind vielleicht jünger, als die des *jus in agro vectigali,* allein einmal zum Wachsthum gelangt, scheint es rascher sich entfaltet und consolidirt zu haben, als jenes; was nicht zu verwundern ist, denn immer schreitet das Stadtleben rascher fort als das Landleben.

Unter den mancherlei Controversen, welche auch der *superficies* trotzdem anhaften, sollen nur zwei hier kurz berührt werden: 1) ist der Begriff der *superficies* auch auf andere bodenhängige Gegenstände, als Wohnungsgebäude, anwendbar? und 2) ist der *superficies* eine *certa pensio,* entsprechend dem *canon vectigalis,* wesentlich?

Als Beispiele der *superficies* finden sich in den Quellen immer nur Baulichkeiten (*insulae, hospitia:* s. Inscription bei Rudorff i. d. Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss. XI. 1842. S. 219 ff.) angeführt; es ist aber wohl unbedenklich, dahin Alles zu rechnen, was auf ein *aedificare* im weitern Sinn, d. h. auf Bewerkstelligung mechanischer Cohärenz von Material (*tignum* im weitern Sinn), hinauskommt; dahin würden gehören: Mauern, Keller und Düngergruben (v. Wächter Sammlung von Abhandlgn. der Mitglieder der Jur.-Fac. zu Leipzig I. 1868. S. 53), ferner etwa Windmühlen, Brückenköpfe, Krahne, Cisternen, Eisenbahnen (für Pferde und Dampfwagen), auch *monumenta* (d. h. *cenotaphia,* nicht aber *sepulcra: fr. 6. § 5. fr. 7. D. de relig. 11, 7 jct. fr. 13. § 7. D. de damno inf. 39, 2*). Bedenklich erscheint die von Wächter (a. a. O. S. 55) verfochtene Ansicht, daß auch Bäume und andere Pflanzungen, z. B. Baumschulen, Superficiarobject seyn könnten, sofern wir das Prätorische Edict und die Römische Praxis vor Augen haben. Ob (neben der Emphyteuse) ein solches Superficiarrecht betreffs organischer Cohärenzen bei uns anzuerkennen sei, ist eine andere Frage.

Daß eine Superficies durch *venditio* entstehen und ohne *certa pensio* bestehen konnte, ist mir wenigstens für die Zeit des classischen Rechts unwahrscheinlich, theils wegen *fr. 39. § 2. D. de damno inf. 39, 2* und *fr. 74. 75. D. de rei vind. 6, 1,** sowie *fr. 15. D. qui potior. 20, 4,* theils weil keine sicheren Beispiele dafür in den Quellen vorkommen, theils weil wirthschaftliche Gründe dagegen sprechen. Der Zweifel, ob im Edict *ex lege locationis sive conductionis* gesagt seyn konnte,

*) s. Cursus § 590.

hebt sich wohl durch die von Marcian in *fr. 5. D. de pignor.* (*20, 1*) gebrauchte Wendung: *sive emtio vel venditio contrahatur;* und wenn wir dann in *fr. 1. § 1. D. de superf.* (*43, 18*) *i. f.* die Worte lesen: *incertum erat, an locati exsisteret,* so kann man sich schwer der Vermuthung entziehen, daß auch in dem vorausgehenden Satze Ulpian nur von *locatio conductio* geredet habe, und die dortigen Worte *si emit, ex emto* von Justinian interpolirt seien, welcher die *superficies* damit zu einem generellen Typus erheben wollte. Ich bin daher auch geneigt, der Interpretation beizustimmen, welche Degenkolb (Platzrecht und Miethe S. 39) unter Hinweis auf *fr. 52. D. de contr. emt.* (*18, 1*) und *fr. 48. D. de damno inf.* (*39, 2*) betreffs einer Bemerkung des Pomponius in *fr. 32. D. de jure dot. 23, 3* aufstellt, daß *superficium aedificii vendere* den Verkauf des Materials, d. h. des Hauses auf Abbruch bedeute.

Zweiter Abschnitt.

Das Schuldrecht.

Erster Titel.

Die allgemeinen Grundzüge.

XXVIII. Kapitel.

I. Der Organismus der Obligatio.

(Zu § 591-601)

Die Rolle der Obligatio in der Welt des Römischen Rechts.

Zu § **591**] A. Entbindung der Obligatio. Wir treten in ein Gebiet ein, in dessen Gestaltung der Römersinn seine höchste Meisterschaft bewährt und eine Vollendung erreicht hat, welche wir erst dann zu würdigen vermögen, wenn wir sie neben den entsprechenden Theil des germanischen Rechts stellen. Im Römischen Obligationenrecht sehen wir die größte Fülle verbunden mit einer außerordentlichen Präcision der Gestalten, im germanischen Obligationenrecht tritt uns zuerst eine auffallende Aermlichkeit entgegen, und an Allem haftet die Schwäche der Verschwommenheit. Aus diesem Gegensatz der beiden Rechte vorzüglich erklärt sich die rasche Reception des Römischen Rechts in den Städten des Mittelalters. Die Obligatio ist das Correlat der Geldwirthschaft* und macht sich daher von selbst zum Organ der

*) Vergl. oben Excurse S. 196 ff.

Mobilisirung des Güterlebens; sie ist das natürliche Vehikel des beschleunigten Güterumsatzes und daher das geeignetste Medium, durch welches die im städtischen Verkehr erstrebte Auflösung aller Güterwerthe sich vollziehen kann. Die Obligatio ist die stärkste Seite des Römischen Rechts und dasjenige Stück antiken Rechts überhaupt, in welchem das Nationelle und das Universelle am vollkommensten mit einander verbunden sind.

Alles Rechtsleben bewegt sich zuerst auf dem festen Boden des Sachenrechts, alle Rechtsanschauung wurzelt in der niederen Region der sinnlichen Umgebung des Menschen. Manchen Volkes Recht vermag sich überhaupt nicht von diesem Naturgrund abzuheben und verstockt oder versumpft darin; das germanische Rechtsbewußtseyn ist durch den Geist des recipirten Römischen Rechts von diesem Bande befreit worden, das Römische Rechtsbewußtseyn aber hat sich selbst, und zwar sehr frühzeitig, davon befreit. Der Grund dieser raschen Selbstbefreiung lag in dem idealistischen Karakter der Römer,** welcher, mehr zur Welt des persönlichen Willens, als zur Welt der natürlichen Sachen hingerichtet, von Anfang her einen persönlichen Ausgangspunkt nahm: denn nicht in der Sache, sondern im menschlichen Individuum setzte der Römische Rechtstrieb ein, um das Rechtsinstitut der Obligatio zu gewinnen. Auch die Römer hatten nicht sofort den reinen Begriff der Obligatio, auch sie wandelten eine Zeit lang in den Schranken der Sinnenwelt, aus welcher allein sie die Objecte der rechtlichen Herrschaft entnahmen. Die reine Obligatio aber trägt ein durchaus ideales Gepräge, Alles ist an ihr unkörperlich, nicht bloß das Verhältniß der Herrschaft, sondern auch das Object derselben, und das Element des freien persönlichen Willens ist so durchaus fließend, beweglich und schrankenlos, daß der Trieb rechtlichen Gestaltens hier die größten Schwierigkeiten zu überwinden hat.

Das rein germanische Recht enthüllt uns diese Schwierigkeiten, denn es zeigt, daß der Rechtstrieb da sich durch sich selbst überhaupt nicht vom Bande der Sinnlichkeit und vom Boden der Sachenwelt zu befreien und zu lösen vermocht hat. Das Bedürfniß, Geldleistungen sich rechtlich zu sichern, mußte sich ja, namentlich im städtischen Verkehr, frühzeitig geltend machen, aber wie wurde dieses Bedürfniß befriedigt? Der Rechtstrieb knüpfte allenthalben am Immobiliar an. In der Satzung und den Reallasten des germanischen Rechts sehen wir die keimende Obligatio, allein die keimende blieb latent im Boden der Sachenwelt, denn es ist folgende Idee, welche das Wesen jener Rechtsinstitute bildete. Der Berechtigte hat ein Recht am Grundstück, auf welches gewissermaßen die Leistung gelegt ist. Wollten wir da von einer Verpflichtung zur (Geld-) Leistung reden, so müßten wir sagen: das Grundstück sei der Verpflichtete, denn nicht der Satzungspflichtige kann als Person auf die Leistung belangt werden; oder wollten

---

*) s. Cursus § 409. **) s. oben Excurse S. 350 ff.

wir die haftende Sache ein Pfand nennen, so müßten wir sagen: im Pfandrecht ist die Obligatio verborgen, ohne zu eigner Geltung zu kommen, denn sie hängt in Umfang und Dauer der Geltendmachung ganz vom Werth und Bestand der Pfandsache ab. Ueber die Reallasten bemerkt Mann (Untersuchungen über den Begriff der Reallasten. Dessau 1869. S. 20. 21.) ganz richtig: „Die Reallasten sind nicht Erfüllungen von Obligationen, sondern von Bedingungen. Der Berechtigte hat kein Recht auf Leistungen, sondern ein Recht am belasteten Grundstück, welches dann geltend gemacht wird, wenn die Lasten nicht abgetragen werden. Das belastete Grundstück wird dem Nichtleistenden entzogen." In allen diesen Rechtsverhältnissen liegt also nicht eine Obligatio, sondern ein Sachenrecht vor, und die Leistung, welche dabei in Aussicht genommen ist und in der That auch erzielt werden soll, ist nichts weiter, als eine dem Sachenrecht beigegebene Modalität; der Begriff der Obligatio verbirgt und verliert sich noch im Begriff des Sachenrechts.

Auch im altrömischen Rechtswesen hat offenbar das Sachenrecht vorgeherrscht; der alte Sacramentsproceß* scheint ganz vorzugsweise auf den Eigenthumsstreit zugeschnitten gewesen zu seyn; und auch die Obligationsidee trägt, wo sie zuerst außerhalb des religiösen Gebiets des *fas*, als profanes und rein juristisches Institut, vorkommt, ein sinnliches Gepräge. Freilich ist der Typus ein ganz anderer, als der des germanischen Keims der Obligatio, denn der Römische Keim ruht nicht in Grundstücken, sondern in Personen. Von der Person aus war ein kürzerer Weg zum reinen und civilisirten Obligationsbegriff. Diesen Weg zeigt uns das *Nexum*.**

Wir sehen im *Nexum*, wie der Herrschaftswille des Berechtigten die Person des Pflichtigen in ihrer sinnlichen Existenz und leiblichen Erscheinung erfaßt: der Körper des Individuums als das natürliche Gesammtorgan des unterworfenen Willens wird zunächst und im Ganzen unterworfen gedacht: aber es lag nahe, von da aus fortzuschreiten zur Vorstellung einer Herrschaft, welche den im Körper residirenden Willen rein und unmittelbar erfaßt und ihn mit Rücksicht auf den ihm untergebenen Vermögenskreis erfaßt. Dies ist der vollendete Obligationsbegriff. Seit der *lex Poetelia* hat der Schuldherr nicht mehr ein Recht am Körper, sondern am Willen, d. h. am Vermögen (*aes, bona*), und die Leistung selbst ist es nun, welche vom Gläubiger als eigentlicher Gegenstand seines Rechts gefordert wird. Vor der *lex Poetelia* war die Leistung nur die Befreiungsumme, das Lösegeld des Pflichtigen gewesen, das eigentliche Recht des Schuldherrn erschien nur als ein *jus in corpore*, aber nach jener *lex* war die *obligatio* selbständig geworden, und die Person des Schuldners nur wie ein Pfand daneben. Das Römische Recht selbst hat jene Stufe des Rechtstriebs noch in einem eigenthümlichen Rechtsinstitut bewahrt: in den Noxalklagen. Diese hafteten im Grunde an der Person des gewaltuntergebenen Delinquen-

*) s. oben Excurse S. 213. 217. 221. **) s. oben Excurse S. 130 ff.

ten,* und man kann nicht sagen, der Gewalthaber sei obligirt, für sie durch Entschädigung des Verletzten einzutreten; eine eigentliche primäre Schadensersatzverbindlichkeit besteht hier für den Vater oder Herrn keineswegs; vielmehr ergreift das Recht des Verletzten die Person des Hauskindes oder Sklaven, welche der Gewalthaber dem Kläger überlassen muß, und nur die Modalität besteht dabei, daß der Gewalthaber sich von der *noxae datio* durch Leistung der Entschädigungssumme befreien kann. Wie zufolge des alten *Nexum* der *nexus* dem Berechtigten, welcher *damnas esto!* gesagt hatte, verfiel, so verfiel auch der delinquirende Haussohn oder Sklave dem Verletzten, und auch nach der *lex Poetelia* mußten Gewaltuntergebene dem alten Principe gemäß als verhaftet und verfallen gelten, weil sie, vermögenslos, eben nur mit ihrer Person einzutreten vermochten. Die alte Anschauung, daß die *noxia* (Verletzung) nicht eine Obligatio des Gewalthabers, sondern ein dingliches Recht am Delinquenten begründe, klingt noch in den Redensarten vor: *noxia non ultra corpus damnosa est* und *noxa caput sequitur* (*Gai. 4, 75; fr. 1. § 12. D. si quadrupes 9, 1*), und wird von Pomponius in *fr. 33. D. de nox. act.* (*9, 4*) geradezu ausgesprochen, wenn auch in der späteren Zeit, als die *defensio* praktisch und meistens der *noxae datio* vorgezogen ward, die Idee einer Obligatio des Gewalthabers, neben welcher die *noxae datio* nun etwa wie eine Resolutivbedingung erschien, hervortrat; dies drückt Gaius in den Worten aus: *noxalium actionum vis ac potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem* (*fr. 1. D. eod.*). — Die Noxalklagen im alten Sinn sind folglich eine in der Structur ganz den Reallasten gleichartige Erscheinung, nur daß die Obligatio dort in ein Recht an einem Menschen, hier in ein Recht an einem Grundstück versenkt und versteckt ist. Im Umkreis der gewaltfreien Personen aber bezeichnet die *lex Poetelia* die Geburt der reinen Obligatio.

B. Verbreitung der Obligatio. Diese reine Obligatio des Römischen Rechts nun ist eine von aller sinnlichen Zuthat und Umgebung befreite Erscheinung, sie steht auf eignen Füßen und bewegt sich frei im Element des Willens; sie ist die *res incorporalis* im eminenten Sinn, und an sie hat der Rechtssinn der Römer seine Hauptarbeit gewendet. In bewundernswerther Weise hat er aus dem flüssigen Element des Willens feste, scharf umrissene, karakteristische Gestalten hervorgerufen und damit die weite Welt des Privatrechts bevölkert; aber nicht bloß dies, sondern er hat auch, seinem Zuge des Idealismus folgend, in alle Theile des Rechts den Typus der Obligatio einzuführen gestrebt. Es ist nichts Leichtes, die Idee eines Rechts am fremden Willen rechtlich zu gestalten, denn die Idee der Obligatio enthält *implicite* die Idee der *universitas bonorum:* dennoch ist den Römern die Obligatio das geläufigste aller Rechtsinstitute geworden. Während das reine germa-

*) s. Cursus § 732.

nische Recht durchweg ein sachenrechtliches Gepräge trägt, verräth das classische Recht der Römer allenthalben einen bald stillen, bald lauten Zug zu obligatorischer Ausgestaltung. Dies läßt sich deutlich verfolgen.

1) Der Civilproceß gestaltete sich bei seinem Uebergang zum Formularwesen zu einem obligationsähnlichen Körper, denn die Aufnahme des Condemnationspassus in die Formel begründete die Idee der Proceßobligation, auf welche seitdem fast alle hervorragenden Momente des Römischen Civilprocesses hinauskamen.*

2) Das Criminalrecht war in der alten Zeit der Römer sehr wenig entwickelt, indem nur gewisse Verbrechen von directer Gemeingefährlichkeit von Staatswegen untersucht und geahndet wurden; der bei Weitem größte Theil der criminellen Handlungen war lange Zeit nur einer Privatklage des verletzten Privaten selbst ausgesetzt; so vertrat z. B. die *actio furti* des Bestohlenen, welche auf *duplum* oder *quadruplum* gerichtet war, und neben welcher die auf den Sachwerth abzielende *condictio furti* herging, die criminelle Strafe.**

Man kann sagen: die Obligatio mußte auf die eine Schulter den ganzen Civilproceß, einschließlich die dinglichen Klagen, nehmen, während sie auf der anderen Schulter einen großen Theil des Criminalrechts zu tragen hatte. Aber gerade unter dieser Doppellast erstarkte die Musculatur der Obligatio und erhielt jene Dauerhaftigkeit und Spannkraft, wodurch sie befähigt worden ist, auch heute den Ansprüchen eines noch weit gewaltigeren Verkehrslebens, als das des antiken Mittelmeerreichs war, zu genügen.

3) An jene criminelle Function der Obligatio schließt sich ganz natürlich ihre polizeiliche. Man braucht nur an die *actio de posito et suspenso**** zu denken, um zu erkennen, wie die Obligatio auch die Rolle des Polizeidirectors übernehmen konnte; manche *actiones populares*† zeigen dieselbe Rolle, und im Gebiet der Interdicte, welche nicht selten Obligationen enthielten, berührte sich die Obligatio gleichfalls mit dem Polizeigebiet.††

4) Blicken wir in die engere Welt der Familie, des Hauses, so treffen wir auch da die Obligatio und sehen, wie sie den zarteren Rücksichten der Pietät zu Hülfe kommt, um bald als Alimentations-, bald als Dotations-, bald als Funerationsverbindlichkeit aufzutreten.††† Ja die Ehe nimmt, nachdem sie den nationalen Rahmen der *manus* gesprengt hat, mehr und mehr eine Wendung, daß man sagen möchte, alle rechtlich relevanten Momente treffen da in der *dos* zusammen, und diese wieder ist nur insoweit ein selbständiges Rechtsinstitut, als eine Klage auf Restitution garantirt ist*: in der *actio rei uxoriae* aber nähert sich die Dos der Obligatio. Noch entschiedener gilt dies von der Vormundschaft: man kann sagen, daß, insoweit diese nicht unter den Gesichtspunkt eines *munus publicum* fiel, der Vormund als in einem

*) s. oben Excurse S. 219. 321. 324. **) s. Cursus § 718. ***) s. Cursus § 733. †) s. Cursus § 476. ††) s. Cursus § 203 u. Excurse S. 203. 204. †††) s. Cursus § 739. *) s. Cursus § 780 a. E. u. § 788.

Quasicontractsverhältniß stehend gedacht wurde, und das privatrechtliche Element der Tutel in der *actio tutelae* aufging, welche der Ausdruck einer *obligatio* zwischen Vormund und Mündel war.* — Wir finden also, daß ein großer Theil des Familienrechts bei den Römern über den Typus der Obligatio geformt wurde.

5) Dieselbe Neigung zum Obligationsmäßigen treffen wir im Umkreis des Vermögensrechts an. Zunächst im Sachenrecht ist es die Aufnahme des Schuldmoments (*dolus, culpa, mora, mala fides*) in das Gebiet der *rei vindicatio,* welche dieser ganz entschieden einen bedeutsamen obligatorischen Zusatz gibt (vergl. Ihering d. Schuldmoment im Römischen Privatrecht; Gieß. 1867; S. 7). Hierzu kommt der Rechtssatz, daß der, *qui dolo desiit possidere* und *qui liti se obtulit,*** dem Besitzer gleich zu behandeln ist und folglich mit der *rei vindicatio* in Anspruch genommen werden kann, so daß die dingliche Klage hier die Function einer persönlichen Klage übernimmt und sich gewissermaßen mit obligatorischem Stoff erfüllt. Auch der Anspruch auf Cautionsleistung *de non amplius turbando,* welcher sich bei der *confessoria* und *negatoria in rem actio**** an den Hauptanspruch hängt, behaftet diese dinglichen Klagen mit einem obligatorischen Moment. Bekannt ist endlich die wichtige Rolle, welche die *sponsio praejudicialis* für das Sachenrecht Jahrhunderte lang in der Zeit des Formularprocesses spielte, indem der dingliche Anspruch, welcher im Grunde geltend gemacht werden sollte, behufs der Herbeiführung einer Proceßentscheidung in die Rüstung einer *obligatio ex sponsione* gesteckt wurde.† Alle diese Erscheinungen erklären es zugleich, wie die Gestaltung des gerichtlichen Anspruchs zur Proceßobligation (s. oben sub 1.) auch bei sachenrechtlichen Ansprüchen durchgeführt werden, und speciell im Fall einer *controversia de loco* die persönliche *actio finium regundorum*†† geradezu die Function der *rei vindicatio* übernehmen konnte.

Daß das Creditwesen bei den Römern lange auf die Mittel des Personalcredits beschränkt blieb und nur langsam und schwerfällig zu den Mitteln des Realcredits griff, ist früher ausgeführt worden.††† Lange bleibt Bürgschaft die Regel, Pfand die Ausnahme: eben das bedeutet aber die Prävalenz der Obligatio, die untergeordnete Rolle des Sachenrechts; bei den Germanen blieb die Obligatio gewissermaßen im Pfandrecht verborgen, bei den Römern ersetzte die Obligatio geradezu das Pfandrecht. Ja das Pfandrecht selbst, indem es von den Römern als *obligatio rei* formulirt ward, reflectirte auch in der Zeit seiner Ausbildung den Karakter des Obligatorischen,* und wenn es den Römern im Pfandrecht nicht gelungen ist, die oberste Stufe der Entwicklung zu erreichen, und gerade in diesem Gebiete später die gröbste Verwirrung so rasch Platz greift: so werden wir eben wieder gewahr, daß weniger das

*) s. Cursus § 419. u. 728. **) s. Cursus § 518. ***) s. Cursus § 520 und 545.
†) s. Cursus § 201 u. 250. ††) s. Cursus § 725 a. E. †††) s. Cursus § 549. 550. u. Excurse S. 433 ff. *) s. Cursus § 562.

Sachenrecht als das Schuldrecht die starke Seite des Römischen Rechtssinns war.

In ähnlicher Weise, wie die *rei vindicatio,* ja noch weit entschiedener als diese, vervollständigt sich die andere dingliche Hauptklage, die *hereditatis petitio*, mit obligatorischen Momenten und nimmt demgemäß einen gemischten Karakter an.* Endlich zeigt die Geschichte des Legats dieselbe Neigung zum Typus der Obligatio: denn indem das Damnationslegat die Oberhand über das Vindicationslegat gewinnt, wird das sachenrechtliche Princip zurückgedrängt, und jener Ausspruch des *Sctum Neronianum*, daß das Legiren *per damnationem* das *optimum jus* für solche Hinterlassungen sei,** läßt sich zu dem Satz verallgemeinern: den Römern erschien überhaupt die Obligatio als eine höhere Art der Rechte und als die vollkommnere Form der rechtlichen Herrschaft. —

So scheint fast die ganze Geschichte des Römischen Rechts in einer Bewegung nach der Region der Obligatio hin begriffen: wir können diesen allgemeinen Zug das Gesetz der obligatorischen Transfiguration nennen. Die Region der Obligatio ist die wahre Heimat der Römer im Rechtsgebiet. Wer dieses Volk in seiner ganzen juristischen Größe studiren will, muß immer und immer wieder sie im Obligationenrecht aufsuchen. Allerdings ist allen Werken der Römer der Stempel ihrer juristischen Genialität aufgedrückt, aber wie die Hellenen unter allen Theilen der bildenden Kunst ihr Höchstes in der Sculptur geleistet haben, so die Römer in der sculpturähnlich ausgearbeiteten und in immer neuen Wendungen, Stellungen und Situationen des Verkehrswesens gezeigten, immer mit derselben Sicherheit, Feinheit und Gewandtheit modellirten Obligatio. In dieser ihrer Heimat besuchen wir jetzt die Römer.

C. Die Leistungen der Obligatio. Im Sachenrecht befindet sich die Person unmittelbar den Stücken der Sinnenwelt gegenüber, und so nimmt die Herrschaft des Willens, welche hier aufgerichtet ist, unvermeidlich etwas von der Schwerfälligkeit der Naturkörper an. Der verfeinerte Verkehr aber verlangt juristische Media, welche elastischer und beweglicher sind, als das Sachenrecht: den so geforderten Dienst kann nur die zartere und behendere Obligatio leisten. Sie schiebt gewissermaßen eine Person ein zwischen Person und Sache, zwischen das Subject des Rechtswillens und den Vermögenswerth, welcher jenem verschafft werden soll. Indem so der Wille eines Anderen, des Schuldners, zum Object der Rechtsherrschaft gemacht wird, erlangt diese die gewünschte Elasticität, und erfüllt sich das Reich des Rechts mit einer unerschöpflichen Menge neuer Rechtsverhältnisse, welche den feinsten, ausgesuchtesten und complicirtesten Interessen der civilisirten Menschheit Rechnung tragen.

1) Während mehrere selbständige Sachen immer Gegenstand ge-

*) s. Cursus § 473 sub bb. u. § 864 a. E. **) s. Cursus § 916.

trennter Eigenthumsrechte sind: kann eine einzelne Obligatio auf Leistung mehrer Sachen zugleich gerichtet seyn, oder die mehrern Sachen electiv oder auch successiv erfassen, so daß der Gläubiger die freie Wahl hat, oder eine Sache an die Stelle der andern tritt, wenn sich diese dem Rechte des Gläubigers entzieht.

2) Während eine einzelne Sache zu gegebener Zeit nur in einfachem Eigenthum stehen, und folglich ein *dominium plurium in solidum* nicht stattfinden kann: ist es möglich, daß um eine einzelne Sache sich eine Mehrheit von selbständigen Obligationen gruppirt, die wieder entweder solidarisch zusammenhängen oder aber gänzlich unabhängig von einander begründet und durchführbar sind.

3) Während dingliche Rechte nur existirende Sachen zum Gegenstand haben können: lassen sich Obligationen begründen, welche auch auf zukünftige und ungewisse Sachen gehen.

4) Während das Eigenthum in seinem Wesen auf Dauer angelegt ist, so daß nicht nach Verlauf gewisser Zeit von selbst eine Eigenthumsveränderung vor sich gehen kann: ist es möglich, daß im Wege der Obligatio, z. B. durch Pacht oder Miethe, eine zeitliche, periodische, vorübergehende Benutzung von Sachen gesichert wird.

5) Während an einzelnen Seiten oder Theilen einer Sache nicht ein getrenntes Eigenthum Jemandem begründet werden kann: läßt sich eine solche theilweise Machteinräumung im Wege der Obligatio bewerkstelligen.

Auf diese Weise dringt die Obligatio viel leichter und tiefer in alle Falten des gesellschaftlichen Güterlebens ein und vermag an vielen Stellen, wohin das Sachenrecht nicht gelangen könnte, willkommene Dienste zu leisten. Demgemäß übertraf z. B. auch der Horizont des Damnationslegats an Weite beträchtlich den des Vindicationslegats,* und gerade an dieser Differenz läßt sich die commercielle Ergibigkeit und Versatilität der Obligatio** trefflich erkennen. Ebenso findet an diesem Punkte der rechtsgeschichtliche Umstand, daß der Römische Civilproceß immer mehr einen obligationsmäßigen Karakter annahm,† seine tiefere Erklärung. —

Neben dem Reich der sachlichen Naturkräfte besteht ein Reich persönlicher Willenskräfte, größer als jenes und unendlich reicher an Hülfsquellen aller Art: in der Obligatio ist es den Römern gelungen, dieses ideale Reich in gleicher Weise, wie jenes andere, der rechtlichen Herrschaft des Menschen dienstbar zu machen; ja man darf sagen, daß von den Römern dieses zweite Reich dem Recht erst entdeckt, erobert und gesichert worden ist. Der Römer Heimat ist so eine Errungenschaft für die ganze Menschheit und Cultur geworden, und der universell gemachte Begriff der Obligatio ist ein Spiegelbild der Allerweltstadt Rom; eine Beschäftigung mit jenem gleicht einer Wanderung nach Rom.

---

*) s. Cursus § 915. **) s. Cursus § 595. †) s. Excurse S. 220.

II.

Die Correalobligation.

Zu § **600**] Die Correalobligation ist ein künstliches Rechtsgebilde und kommt im Leben nur ausnahmsweise vor; im Deutschen wird sie mit den Worten: sammt und sonders — Einer für Alle, Alle für Einen, ausgedrückt. Sie liegt nicht überall da vor, wo mehrere Obligationen (mehrere Gläubiger — mehrere Schuldner) auf Leistung der nämlichen Sache oder eines gleichen Werthbetrags —, sondern nur da, wo sie *ex eadem causa* auf dieselbe Sache oder Leistung gehen. Immer bestimmt sich nämlich die einzelne Obligatio als Species, d. h. als individuelles Rechtsverhältniß, durch ihre *causa,* d. h. der Vermögenswerth, den sie garantirt, und den sie aus der Willenssphäre des Schuldners in die des Gläubigers verpflanzen soll, empfängt seine individuelle, ihn von anderen ökonomischen Größen in derselben Vermögenssphäre unterscheidende Bestimmtheit durch die concrete Thatsache, aus welcher als ihrem Rechtsgrunde die Obligatio hervorgegangen ist; er prägt der an sich karakterlosen Handlung des Schuldners, welche das eigentliche und unmittelbare Rechtsobject der Obligatio ist, den Karakter einer individuellen Größe auf und scheidet sie dadurch aus der Freiheitssphäre des Schuldners erkennbar aus. Wenn wir diesen causal bestimmten Vermögenswerth der Obligatio ihren Vermögensstoff nennen, so können wir sagen: Correalobligationen sind coexistente Obligationen, die durch Identität des Vermögensstoffs verbunden sind. Genau in demselben Sinn besteht eine Identität des Vermögensstoffs zwischen der *pristina obligatio,* welche durch Novation* getilgt wird, und der *nova obligatio,* welche dadurch an die Stelle jener tritt (vergl. Kuntze d. Obligation u. die Singularsuccession. Leipz. 1856. S. 143—7).

Diese Identität des Vermögensstoffs der mehrern simultanen oder successiven Obligationen stellt zwischen denselben einen so engen juristischen Connex her, daß sie fast wie eine einzige erscheinen und in den Quellen nicht selten geradezu als *una* oder *eadem obligatio* bezeichnet werden. So nennt Papinian die Correalschuldner *plures rei ejusdem obligationis* (*fr. 116. D. de V. O. 45, 1*), Ulpian das gesammte Rechtsverhältniß *una obligatio* (*fr. 3. § 1. D. de duob. reis 45, 2*) und die Correalschuldner *plures ejusdem obligationis participes* (*fr. 16. pr. D. de acceptil. 46, 4*), Paulus bezeichnet sie als *ejusdem obligationis socii* (*fr. 14. D. ratam rem 46, 8*). Die gleiche Wendung des Gedankens liegt vor, wenn in den Quellen die Intercession als ein *alienam obligationem suscipere* bezeichnet wird, und Gaius von den Bürgen sagt: *eadem obligatione tenentur* (*fr. 1. § 8. D. de O. et A. 44, 7*); ferner auch wenn

---

*) s. Cursus § 603. — Vergl. dazu Kuntze Deutsches Wechselrecht (Leipzig 1862) Seite 312—6. und in v. Holzschuher's Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts (3. Aufl. ed. Kuntze) III. S. 111—5.

Gaius (*3, 176*) die *novatio* mit den Worten: *prima obligatio tollitur translata in posteriorem,* oder m. d. W.: *ab altero debitore ad alterum novandi causa transfertur obligatio* (*fr. 27. § 3. D. de minor. 4, 4*) schildert, oder Javolen, African und selbst Papinian die *novatio* kurz mit *transferre obligationem,* Scaevola mit *transire obligationem* bezeichnen (*fr. 14. pr. D. de interrog. 11, 1; fr. 17. pr. fr. 19. § 5. D. ad Sct. Vellej, 16, 1; fr. 5. pr. D. quando ex facto tutor. 26, 9; — fr. 60. D. de fidejuss. 46, 1*).

Es ist klar und unbestritten, daß, wo die Obligationen des Hauptschuldners und des Bürgen, oder die *pristina* und die *nova obligatio* als Eine Obligatio aufgefaßt zu seyn scheinen, dies doch nicht im Ernst und streng juristischen Sinn gemeint ist, sondern daß, was von der *obligatio* selbst gesagt scheint, nur von ihrem Vermögensstoff gelten soll. Es liegt nahe, anzunehmen, daß das Gleiche von der „*una obligatio plurium reorum*“ gilt, und daß dieser Ausdruck, ebenso wie das „*unum debitum*“ des Paulus in *fr. 9. pr. D. de pact.* (*2, 14*) und *fr. 71. pr. D. de fidejuss.* (*46, 1*), nichts weiter bedeuten soll, als was sonst gewöhnlich mit „*eadem pecunia*“ (*plures rei ejusdem pecuniae*) ausgedrückt ist.

Wenn nun daneben in einer Anzahl von Stellen die Rechtsverhältnisse der *plures rei* ausdrücklich als *plures obligationes* oder *plures species obligationis* bezeichnet werden, so muß diesen Stellen ein ungleich größeres Gewicht beigelegt werden, denn es ist kein Grund erfindlich, welcher die in ihnen gewählte Ausdruckweise als eine ungenaue oder vulgäre zu verstehen gestattete: sie müssen eben streng und wörtlich verstanden werden. Demgemäß ist zu sagen, daß schon die Diction der Quellen für die Mehrheitstheorie Zeugniß ablegt, und der Einheitstheorie ist auch nicht dadurch aufzuhelfen, daß man mit Keller und Ribbentrop „eine objectiv einheitliche Obligatio mit einer Mehrheit subjectiver Beziehungen“ statuirt, denn die Quellen selbst geben für diese Spaltung des Obligationenbegriffs in objective und subjective Beziehungen nicht den allergeringsten Anhalt: sie ist eben nur für die Correalobligation willkürlich erfunden und völlig unerweislich.

Sie ist aber nicht bloß unerweislich, sondern auch unmöglich, weil undenkbar, denn da die bestimmte Beziehung zu einem gegebenen Subject im Begriff des Rechtsverhältnisses liegt, so kann nicht ein und dasselbe Rechtsverhältniß zugleich mehrere Rechtssubjecte haben, sondern so viele Rechtssubjecte, ebenso viele Rechtsverhältnisse, und wir dürfen nicht, was bloß verbunden ist, als identisch auffassen. Wer die Rechtsverhältnisse der mehrern *correi* für Eine Obligatio ansieht, muß auch annehmen, daß es immer noch dieselbe Obligatio ist, wenn etwa einer der *correi* wegfallen, ein neuer hinzukommen sollte, und daß folglich das Rechtssubject überhaupt nur ein äußerliches und zufälliges Moment der Rechtsverhältnisse sei. Wer dieses annähme, müßte die ganze Theorie von den Rechtsverhältnissen, Rechtssubjecten und Rechtsobjecten umgestalten und die Bahnen des Römischen Rechts grundsätzlich verlassen.

Jene Bedeutung von *una obligatio* und von *plures obligationes cor-*

reorum entspricht meines Bedünkens der in der Römischen Jurisprudenz der letzten classischen Zeit herrschenden Ansicht. Es ist mit dieser Annahme aber recht wohl verträglich und ein vielleicht nicht zu verachtender Beitrag zur Erklärung der Unitätsausdrücke in den Quellen, wenn die Vermuthung aufgestellt wird, daß in dem Unterschied der Unitäts- und der Pluralitätsausdrücke ein Ueberbleibsel des Schulengegensatzes zum Vorschein kommt. Wenn Paulus sagt: *si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur; ut puta plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est* (*fr. 9. pr. D. de pact. 2, 14*)*:* so nimmt sich diese Wendung im vollendeten System des classischen Rechts ziemlich fremdartig und unbehülflich aus. Wie ist Paulus dazu gekommen, wenn nicht durch Reminiscenz älterer Vorgänger? Es muß eine Ansicht laut geworden seyn, welche etwas Verwandtes mit der germanischen Neigung genossenschaftlicher Gesammtbildungen hatte und darauf hinauskam, die mehrern *correi* als Eine Person aufzufassen: wo Eine Person, da auch Eine Obligatio. Daß diese Neigung und Anschauung bei den Römern nicht durchgedrungen ist, erkennen wir aus jeder Seite des *Corpus juris*. Vielleicht war es eine Fraction der Sabinianer, von welcher jene Anschauung ausging, die in der Paulinischen Stelle nur wie ein ganz äußerlich gehaltenes Bild auftritt; wenigstens begründet der Umstand, daß Gaius entschiedene Vorliebe für die Unitätstheorie (welche, wie wir gesehen haben, bei seiner Auffassung der Bürgschaft, sowie der Novation hervortritt) verräth, und daß Sabinus mehr, als Proculus, sich zur Annahme einer *confusio plurium obligationum correorum* hinneigt (*fr. 93. pr. D. de sol. 46, 3*), die Vermuthung, daß Gaius seine Theorie seinen verehrten „*praeceptores*", d. h. den Sabinianern verdankte.

Hiernächst sind noch drei Fragen zu berühren, welche sich gleichsam von selbst aufwerfen. 1) Warum haben die Römer nicht bloß der *solutio* und den materiellen Solutionssurrogaten (*in solutum datio, compensatio* und gerichtliche Deposition), sondern auch anderen Aufhebungsgründen (*acceptilatio, novatio, jusjurandum liberatorium, constitutum* und *litiscontestatio*) die Kraft eingeräumt, auf sämmtliche *correi* zu wirken? Es scheint mir, daß dies zunächst ein Rechtssatz der einfachen Consequenz war, indem man gewöhnt war, alle diese Aufhebungsgründe unter den dogmatischen Gesichtspunkt der *solutio* zu stellen, welche seit der Kaiserzeit der unbedingte Prototyp der obligatorischen Liberationsgründe geworden war; die *acceptilatio* sammt den daneben aufgeführten Liberationsgründen, die *litiscontestatio* nicht ausgeschlossen, hatten ja das Moment der (civilrechtlichen, bez. prätorischen) Consumtion mit der *solutio* und den materiellen Solutionssurrogaten gemein, sie erschienen demgemäß den Römern als formelle Solutionssurrogate; diese Auffassung gab ihnen ihren dogmatischen Karakter und bestimmte ihre praktische Wirkung (s. Kuntze d. Oblig. u. d. Sing.-Succ. S. 175—191. 196—205. 208—217, in Schletter's Jahrbüchern VI. 1860.

S. 296—8 u. in d. Münchner Viertelj. Schrift IX. 1867. S. 523. 524.). Es hätte also nur die Frage noch entstehen können, ob es billig sei, der strengen Consequenz ihr Recht zu lassen.

2) Auf diesen Gesichtspunkt führt die zweite Frage: was es bedeutet, daß die Quellen so oft die „*electio*“ zur Bezeichnung der *litis contestatio* als allgemein wirkenden Tilgungsgrundes anführen? Es soll damit nicht der eigentliche Rechtsgrund der Allgemeinwirkung angegeben, sondern nur dieses Ergebniß der Rechtsconsequenz soweit möglich gegenüber dem Vorwurf der Unbilligkeit (s. z. B. auch *fr. 1. § 1. D. nautae 4, 9*) gerechtfertigt werden (Anders Fitting d. Natur der Correalobligg. 1859). Dafür, daß die *electio* d. h. das Herausgreifen eines der *correi* im Fall einer passiven Correalobligation, das Rechtsprincip selbst enthalte, findet sich in den Quellen nicht der geringste directe Anhalt; dagegen heben diese bei der Erwähnung der Correalität in der Regel nur die *solutio* als gemeinsam wirkenden Tilgungsgrund hervor, und wo sie einen der anderen Tilgungsgründe als alle Obligationen erfassend anführen, thun sie dies fast immer mit der Hinweisung auf dessen solutionsähnlichen Karakter. Die Electionstheorie also, so gut wie die Unitätstheorie, insinuirt den Römischen Juristen einen den Quellen fremden Gesichtspunkt.

3) Durch welches Criterium unterscheiden sich diejenigen Solidarobligationen, bei welchen nur der sachlichen Befriedigung, d. h. der *solutio* und den materiellen Solutionssurrogaten, die Kraft allgemein wirkender Tilgungsgründe beigelegt ist, von den im engern Sinn s. g. Correalobligationen? Es ist nicht der unklare Gegensatz von (objectiver) Mehrheit und Einheit der Obligationen, sondern die natürliche Erwägung, daß in manchen Fällen ein Widerspruch mit dem Wesen der betreffenden Verpflichtung gegeben seyn würde, wenn der oder die Schuldner ohne sachliche Befriedigung des oder der Gläubiger liberirt würden. Hier tritt die Billigkeit gleichsam der strengen Rechtsconsequenz in den Weg und veranlaßt den Rechtssatz: *perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione* (*fr. 7. § 4. D. quod falso tut. 27, 6; fr. 1. § 43. D. depositi 16, 3*).

XXIX. Kapitel.

II. Die Verkehrsfunction der Obligatio.

(Zu § 602-610)

Die Cession und die Singularsuccession.

Zu § 608] Die Fragen, ob das Römische Recht eine Singularsuccession in Forderungen anerkannt habe, ob überhaupt eine solche denkbar sei, ob namentlich das Deutsche Recht und unser heutiges Rechtsbewußtseyn eine solche statuire, gehören zu den brennenden Fragen der neueren civilistischen Dogmatik. Hier sollen diese Fragen nur in ihren allgemeinsten Umrissen berührt werden.

Das Römische Recht besitzt in seiner classischen Zeit zwei streng von einander geschiedene Rechtsinstitute (*novatio* und *cessio*), welche für die Obligatio das leisten sollen, was die Function der sachlichen Singularsuccession für das Eigenthum ist; die erste der oben genannten Fragen muß also dahin formulirt werden: ist der Begriff der Singularsuccession in der *novatio* oder der *cessio* enthalten oder damit verträglich?

Soll diese Frage nicht in doctrinären Dogmatismus sich verlieren, so muß die Aufmerksamkeit auf folgende zwei Punkte gelenkt werden: 1) Es gehört zum Wesen der sachlichen Singularsuccession, daß der *auctor* sein Recht dem Rechtsnachfolger überträgt ohne Mitwirkung und Genehmigung irgend welches Dritten, denn der *auctor* ist der allein Betheiligte und verfügt kraft alleinigen eignen Rechts. 2) Es gehört außerdem zum Wesen der sachlichen Singularsuccession, daß das übertragene Recht sich vollständig von der Person des *auctor* ablöst und zu einem selbständigen Recht in der Person des *successor* gestaltet. Dies sind diejenigen zwei Momente, durch welche die Leistungsfähigkeit dieses Rechtsinstituts für den Verkehr vornehmlich bestimmt wird. Untersuchen wir nun, wie sich hierzu die beiden oben genannten obligatorischen Institute verhalten, so zeigt sich folgender Unterschied derselben von der sachlichen Singularsuccession. 1) Zur Herbeiführung einer Novation muß immer ein Dritter, nämlich der Schuldner, welcher an einen neuen Gläubiger gewiesen werden soll, mitwirken, denn in vielen Verhältnissen ist es dem Schuldner durchaus nicht gleichgültig, ob er den Titius oder den Maevius zum Gläubiger habe, und namentlich wird der Wechsel der Personen in allen den Fällen wichtig, wo dem Schuldner Einreden gegen den bisherigen Gläubiger zustehen, welche durch Substituirung eines anderen Gläubigers ihm verloren gehen würden. Hieraus ergibt sich, daß Novation — abgesehen davon, daß sie eine völlige Peremtion der alten *obligatio* wirkt — nimmermehr mit Singularsuccession im gewöhnlichen Sinn identificirt werden kann. 2) Die Cession, welche die Genehmigung und Mitwirkung des Schuldners nicht erfordert, begründet eben deshalb kein völlig neues und selbständiges Recht in der Person des Cessionars; selbständig ist dieser nur mit Rücksicht auf den Cedenten, denn für diesen hat die Cession die Bedeutung einer wahren Veräußerung, aber dem *debitor cessus* gegenüber erscheint der Cessionar nur wie der Vollzieher einer fremden Forderung, denn er muß sich die Einreden gefallen lassen, welche der *debitor cessus* auf Grund seiner Vermögensbeziehungen zum Cedenten hat. Forderungen, deren Geltendmachung gehemmt werden kann durch Beziehungen eines Dritten, können nicht als eigne Obligationen dessen, der in ihrer Geltendmachung unselbständig ist, angesehen werden, und folglich fehlt der Cession ein wesentliches Moment der sachlichen Singularsuccession; es würde nur zu Begriffsverwirrungen führen, wenn man die Cession im Ernst mit der Singularsuccession vermengen wollte.

Der Begriff einer obligatorischen Singularsuccession würde voraussetzen, daß ein Gläubiger auf seine eigene Hand einen Anderen sich dergestalt substituiren könnte, daß der neue Gläubiger im vollsten Sinn als selbständig Berechtigter, wie wenn die Forderung in seiner Person entstanden wäre, gälte. Im Römischen Verkehr hat sich kein Bedürfniß eines solchen Rechtsinstituts gezeigt, und es würde dem Römischen Rechtssinn auch überaus schwer gefallen seyn, die Structur desselben zu gewinnen, denn die Singularsuccession setzt ein beharrendes Rechtsobject voraus, welches beim *auctor* und *successor* identisch ist, die Römer aber hielten an der Vorstellung fest, daß mit der Ablösung der *obligatio* vom ursprünglichen Gläubiger die *obligatio* untergehe, denn diese Vorstellung hing eng zusammen mit der Rechtsanschauung, welche immer die *obligatio* vom Gläubiger aus construirte, dessen Willen als den grundlegenden anerkannte und dem Schuldner wesentlich nur eine passive Rolle einräumte.

Ich habe früher angenommen, daß die Römische Anschauung die ausschließlich richtige sei, bekenne aber jetzt, die Möglichkeit einer anderen Construction der Obligatio zugeben zu müssen. Es kommt Alles auf die Frage an, ob es denkbar sei, daß bei wechselnden Gläubigern der obligatorisch gebundene Wille des Schuldners, d. h. die Handlung, welche das unmittelbare Rechtsobject der Obligatio bildet, in seiner durch die erste Obligatio gesetzten Bestimmtheit gewahrt und als eine objective Existenz, analog einer Sache, behandelt werden könne. Die Römer würden mit Nein antworten, denn ihnen galt diese schuldnerische Handlung als ein am Willen des Gläubigers hängendes, lediglich durch dessen schöpferische Potenz hervorgehobenes und gehaltenes Rechtsobject. Anders die Deutschen: denn ihnen erscheint vielmehr der Schuldner als der Schöpfer der Obligatio, welcher seine Handlung bindet, dem fremden Willen unterwirft und so specialisirt, daß die Handlung als eine objective und allgemein aus der Freiheitssphäre ausgeschiedene Existenz gilt (Vergl. Kuntze i. Archiv f. deut. Wechselrecht u. Handelsrecht VIII. 1859. S. 398—411). Es handelt sich dabei nur darum, 1) daß diese Ausscheidung in markanter Weise und so erfolgt, daß die obligatorische Handlung in den Rahmen einer körperlichen Sache gefaßt und für Jeden erkennbar wird, und 2) daß der Schuldner zugleich seinen Entschluß kund gibt, wirklich die bewußte Handlung zu einem beliebig transportablen (negociablen) Rechtsobject, welches dann ohne sein Zuthun vom ersten Gläubiger auf andere übergehen kann, zu stempeln. Es würde höchst unpraktisch und thöricht seyn, jede „Cession" für eine „Singularsuccession" zu erklären, aber das moderne Handelswesen verlangt und kennt Obligationen, welche in der That dazu eingerichtet und bestimmt sind, frei den Gläubiger zu wechseln, wie Sachen den Eigenthümer wechseln können. Das sind die negociablen Handelspapiere, welche durch ihre Fassung in stereotype Scripturen und durch ihre herkömmliche Form oder besondere Clauseln (Porteur-, Ordreclausel) den Willen des

Schuldners, sie gleich Sachen circuliren zu lassen, an der Stirn tragen. In einem solchen Papier, das vom Schuldner (und zwar einseitig) creirt und emittirt wird, objectivirt derselbe seinen specialisirten Schuldwillen dergestalt, daß dieser nun wie ein Rechtsobject sinnlich und beharrend erscheint und leicht die einzelne Obligatio überdauern kann, um dann anderen Gläubigern, den Rechtsnachfolgern des ersten Gläubigers, zu dienen.

Ich glaube nicht, daß, wenn den Römischen Juristen die Aufgabe gestellt worden wäre, ein Ordre- oder Inhaberpapier civilistisch zu construiren, sie auf die eben dargestellte Theorie gekommen seyn würden, weil sie von ihrem theoretischen Ausgangspunkt nicht dazu kommen konnten; es scheint mir, daß auch sie von diesem ihren Ausgangspunkt aus eine Construction jener Creditpapiere gefunden haben würden, ja ich bin der Ansicht, daß die Novationstheorie, welche von mir bisher für Wechsel und Inhaberpapier deducirt und verfochten worden ist, diejenige gewesen seyn würde, zu welcher sie, wenn durch den Verkehr gedrängt, gegriffen haben würden: und insofern halte ich meinen früheren Standpunkt fest, wie er von mir in mehreren Stellen (d. Obligation u. Singularsuccession. 1856. S. 73—77. Die Lehre v. d. Inhaberpapieren. 1857. S. 217—250. Deutsches Wechselrecht. 1862. S. 312—317, und in meiner Ausgabe der Holzschuher'schen Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts. III. 1864. S. 151. 152.) auseinandergesetzt worden ist. Allein ich gestehe jetzt zu, daß es noch einen anderen Ausgangspunkt der Construction gibt, zu welchem die Elemente durch die deutsche Auffassung der Obligatio geboten werden.

Es würden hiernach drei Institute zu unterscheiden seyn, welche der Bewegung der Obligationen im Verkehr dienen: 1) die Novation (Römisch-civilrechtlichen —), 2) die Cession (Römisch-prätorischen —) und 3) die obligatorische Singularsuccession (deutschen Ursprungs). Die ersteren zwei entsprechen, sich gegenseitig ergänzend, dem Wesen und Bedürfniß des gewöhnlichen bürgerlichen Verkehrs, während das dritte Institut dem Handelsrecht zu vindiciren ist.

XXX. Kapitel.

Gefährdung der Obligation.

(Zu § 611-620)

Von den Verzugszinsen.

Zu § 618] Der Cursus behandelt in diesem Kapitel Verschuldung und Verzug mit Rücksicht auf bestehende Obligationen. Es ist daneben (in § 612) nur kurz angedeutet, daß Verschuldung auch als Entstehungsgrund von Obligationen (s. Cursus § 621. 622. 628), ja auch als ein Moment des Klagpetitum bei dinglichen Klagen (s. Cursus § 519. 545) vorkommt. Das Gebiet des Verzugs ist beschränkter,

denn von *mora* im engern Sinn ist nur im Obligationenrecht und zwar nur in Bezug auf bestehende Obligationen die Rede.

Daß im Fall der *mora* die betreffende Obligation sich inhaltlich erweitert, indem sie neben dem wesentlich bezweckten Vermögenswerth auch auf Deckung des Nachtheils geht, welcher sich für den Gläubiger an die Verschuldung oder Verzögerung knüpft, ist im Cursus (§ 618. 619) erwähnt. Es fragt sich aber, worin dieser (zu deckende) Nachtheil bestehen könne und wonach sich bestimmen lasse, was *id quod interest* (*omnis utilitas*) im einzelnen Fall sei.

In vielen Fällen ist nach freier Abschätzung festzustellen, in welcher Summe sich der zu deckende Vermögensnachtheil darstelle, z. B. wo eine übernommene Mühwaltung dem Gläubiger zu spät geleistet wurde. In anderen Fällen ist ein bestimmter Anhalt dafür gegeben, indem die Sache, um deren Herausgabe es sich handelt, eine fruchttragende ist, und folglich dem Gläubiger durch Verzögerung der Herausgabe der einstweilige Fruchtgenuß entzogen bleibt, dessen Werth nun das zu ersetzende Interesse bildet. Den Früchten stehen im Verkehr die Zinsen gleich, welche aus dem einem Anderen vorgestreckten Capital gewonnen werden können; die Möglichkeit solcher verzinslichen Anlegung und damit der Zinsengenuß entzieht sich dem Gläubiger so lange, als der Schuldner mit der Leistung der schuldigen Quantität zögert, und, auch wenn nicht immer anzunehmen ist, daß der Gläubiger die empfangene Quantität anderweit verzinslich anlegte, kann doch der übliche Zinsenbetrag den Maßstab geben für Quantificirung der Vermögenseinbuße, welche den Gläubiger wegen des eine Zeit lang vorenthaltenen Capitals trifft. Aus dieser natürlichen Erwägung ergibt sich der Rechtssatz, daß im Fall verzögerter Leistung der schuldigen Quantität fungibler Sachen der Schuldner noch zur Leistung von s. g. Verzugszinsen verpflichtet werde.

Das ältere Römische Recht kannte nur den Vertrag als Rechtsgrund der Zinsenverbindlichkeit und verlangte die Form der Stipulation dafür;* seitdem aber der Satz angenommen war, daß einem *bonae fidei negotium in continenti* Nebenverträge beigefügt werden könnten,** waren auch Zinsennebenverträge statthaft. Noch weiter ging die Praxis, indem sie den Richter ermächtigte, in Fällen des Verzugs des Schuldners diesem auch ohne allen Vertrag in Verzugszinsen zu verurtheilen. Noodt (*de foenore et usuris, lib. I. c. 5,* und *lib. III. c. 6. 7*) bemerkt zufolge *fr. 60. D. pro socio (17, 2)*, daß Labeo dazu den ersten Anstoß gegeben haben möge; zwar sagt dort Labeo nur, daß wenn der *socius* die Herausgabe des Societätsgewinns verzögere, und das Societätsgeld in den eigenen Vortheil verwende, er als Ersatz des Interesse Zinsen leisten solle (v. Madai d. Lehre v. d. Mora. S. 356): allein es lag nahe genug, daß von der Idee des Interesse aus die Praxis der Verzugszinsen sich entwickelte; und daß diese Entwicklung nicht durch die Ge-

*) s. Cursus § 666. **) s. Cursus § 646.

setzgebung, sondern eben durch die Praxis erfolgte, erkennen wir aus Papinian's Aeußerung: *propter moram usuras quoque reddi placuit* (*fr. 24. pr. D. de usu leg. 33, 2*). Marcian schon sprach diesen Grundsatz allgemein aus: *in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur* (*fr. 32. § 2. D. de usur. 22, 1*), und noch weiter gingen kaiserliche Constitutionen, welche den Richter anwiesen, *ex aequo et bono* überall da, wo eine Ausgleichung des gegenseitigen Interesses der Parteien Bedürfniß war, auf Zinsenleistung zu erkennen. *Et est quidem constitutum, in bonae fidei negotiis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio.* (*Pap. fr. 24. D. depositi 16, 3;* dazu *Paul. fr. 7. D. de negot. gest. 3, 5*).

Verzugszinsen konnten nur bei *bonae fidei obligationes* vorkommen, denn die *stricti juris judicia* gingen immer streng auf *certum*, Zinsen aber tragen vermöge ihrer Beziehung auf die wechselnde Zeit den Begriff des Ungewissen in sich. Nach Analogie der *bonae fidei obligationes* wurden dann auch bei Fideicommissen Verzugszinsen angenommen, und dieses später auf Legate erstreckt (*Gai. 2, 280; Paul. Sent. rec. 3, 8. § 4; fr. 34. D. de usur. 22, 1*). Die Verzugszinsen laufen bis zur Verurtheilung fort, von da an kommen s. g. *usurae rei judicatae* in Frage. Die Höhe der Verzugszinsen bestimmte sich nach dem Herkommen der Gegend innerhalb des gesetzlich erlaubten Zinsenmaßes*: *cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur: ita tamen, ut legi non offendat* (*Pap. fr. 1. pr. D. de usur. 22, 1*). *Usurae rei judicatae* betrugen 12 Procent (*l. 1. C. de usur. rei jud. 7, 54*).

Die Verzugszinsen fallen unter die **gesetzlichen Zinsen**. In diese Kategorie gehören außerdem die Zinsenverbindlichkeiten, 1) welche zu Gunsten des Fiscus und der Minderjährigen wegen aller ihnen zustehenden fälligen Geldforderungen ohne Weiteres begründet werden (*fr. 17. § 5. 6; fr. 43. D. de usur. 22, 1*); 2) welche den treffen, welcher fremdes Geld unbefugt in seinen Nutzen verwendet hat und dafür nun die betreffende Summe schuldet (*fr. 1. § 1. eod.; fr. 10. § 3. D. mandati 17, 1*); 3) die des Käufers, welcher den Besitz der Waare erhalten hat, ohne den (nicht creditirten) Preis zu leisten (*fr. 13. § 20. 21. D. de act. emti 19, 1*). In den Fällen gesetzlicher Zinsen (auch in dem Fall sub 3?) besteht keine selbständige *obligatio usurarum*, wie im Fall stipulirter oder legirter Zinsen,** sondern die Zinsen können nur mit der auf das Capital gerichteten Klage, also nicht mehr, wenn diese bereits angestellt und consumirt ist, geltend gemacht werden: *pretii sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, quum hae **non sint in obligatione**, sed **officio judicis praestentur*** (*Hermog. fr. 49. pr. D. de act. emti 19, 1*). — Zu diesen nur auf das *officium judicis* gestellten Zinsen gehören auch die aus Nebenverträgen bei *bonae fidei contractus.*

*) Vergl. Cursus § 667. **) Vergl. Cursus § 666.

XXXI—XXXIII. Kapitel.

Begründung, Endigung und Schutz der Obligationen.

(Zu § 621-646)

I.

Conventio und *pollicitatio*.

Zu § **623**] Nicht selten werden die *jurata operarum promissio* und die *dotis dictio** mit der *pollicitatio reipublicae facta* und dem *votum* zusammengestellt, allein sie unterscheiden sich von diesen schon *prima facie* bedeutsam. 1) Die ersteren betreffen rein private, die letzteren vielmehr öffentliche und mehr oder weniger allgemeine Angelegenheiten: bei jenen ist der Patron, der Ehemann, bei diesen ein Gemeinwesen, sei es ein politisches, oder ein sacrales, interessirt. 2) Die ersteren sind solenne, die letzteren dagegen formlose Rechtsgeschäfte, wenigstens müssen wir vom juristischen Standpunkt Formlosigkeit annehmen, obschon von der *nuncupatio voti* erzählt wird, daß sie *praesentibus satis multis* geschehen mußte (s. Rudorff i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VII. S. 241). Aber eben in der Art der Form, in welche die *operarum promissio* und die *dotis dictio* eingekleidet wurden, liegt der Grund eines dogmatischen Zweifels. Man streitet darüber, ob diese Rechtsgeschäfte ein- oder zweiseitiger Natur, m. a. W. Pollicitationen oder Conventionen (Verträge) seien. Ersternfalls würde zur Erzeugung der Obligatio einseitige Erklärung des Schuldners genügen, letzternfalls aber hinzukommender Consens des Gläubigers erfordert werden.

Offenbar ist im Römischen System des *commercium inter vivos* der Vertrag die Regel, das einseitige Rechtsgeschäft die Ausnahme. Schon darum spricht die Vermuthung dafür, daß die *operarum promissio* und *dotis dictio* nicht zu den Pollicitationen gehören.

Es ist ferner sehr erklärlich, daß, während bei Zusagen an Gemeinden und Gottheiten einseitige Erklärung genügte, des Patrons, des Ehemanns Consens hinzukommen mußte: denn eine Zusage der ersteren Kategorie erging auf Grund einer genossenschaftlichen Lebensbeziehung, der Schuldner verpflichtete sich da gleichsam mitten im Kreise der Genossen stehend und sprechend, und es war, als ob in ihm der Genosse mit dem Privaten contrahire, d. h. er sich selbst verpflichte. Ohne den Rahmen der politischen oder sacralen Genossenschaftlichkeit aber verflüchtigt sich der einseitige Act; soll nur ein einzelner Privatmann Gläubiger werden, so muß diesem gegenüber die Verpflichtung übernommen werden; ohne speciell an denselben gerichtet zu seyn, und seinen Consens vorauszusetzen oder aufzurufen, müßten die gesprochenen Worte in den Wind verklingen, d. h. wirkungslos bleiben. Es er-

*) Ueber den Gebrauch der Worte *dicere* und *promittere* s. Ulpian in *fr.* 19. § 2. *D. de aedil. ed.* (21, 1).

gibt sich also aus der privaten Function der *operarum promissio* und *dotis dictio*, daß ihre Structur die eines Vertrags war.

Allein eine eigenthümliche Erscheinung im Römischen Rechtswesen sind sie dennoch. 1) Vermöge ihres Erfordernisses der *verborum figura* nähern sie sich der *stipulatio*, aber unterscheiden sich wesentlich von derselben dadurch, daß sie ein solennes Reden nur auf der einen Seite (des Schuldners) verlangen: nicht das Rechtsgeschäft also, wohl aber die Solennität desselben ist einseitiger Natur. 2) Während sonst im Römischen Verkehr der Gläubiger maßgebend und redend im Vordergrund steht, hat hier der Schuldner die maßgebenden Worte zu sprechen, und bei der *dotis dictio* kommt sogar überhaupt die ganze Initiative dem Schuldner zu; auf Seiten des zu Berechtigenden kommt nur der Consens in Frage, der in jeder Form, vor oder nachher, kund gegeben seyn kann.

Es leuchtet ein, daß die genannten Eigenthümlichkeiten, ohne Schärfe aufgefaßt, leicht Anlaß werden konnten, diese zweiseitigen Rechtsgeschäfte mit jenen einseitigen Rechtsgeschäften auf Eine Linie zu stellen, und den Consens des Gläubigers zu ignoriren, weil er nicht solenn, wie die Erklärung des Schuldners, zu seyn brauchte. Zu bemerken ist aber dabei, daß auch sonst dem Römischen Recht einseitige Solennität eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts nicht fremd war: die *expensilatio* zeigt uns eine solche, nur daß hier nicht vom Schuldner, sondern Gläubiger die maßgebende Solennität ausging, und anderseits des Schuldners *nudus consensus* genügte (vergl. Kuntze die Lehre von d. Inhaberpapieren S. 341. 358. u. Cursus § 668). Wenn bei der *operarum promissio* eines *libertus* und der *dotis dictio* gegenüber einem Bräutigam oder Ehemann oder dessen Gewalthaber der zu Verpflichtende die maßgebenden Worte zu reden hatte, so lag der Grund davon in der Natur der Handlung: bei der *juratio* wirkte der Patron als der, welcher den Eid abnahm, persönlich mit und hatte in dieser Rolle genügende Gelegenheit, seinen Einfluß geltend zu machen; bei der *dotis dictio* aber war dies gerade ein Gewinn, daß der Ehemann, um eine unter Umständen so delicate Zusage entgegenzunehmen, nicht Worte zu machen nöthig hatte, die Initiative des Bestellers abwarten und ohne Redensarten den Anspruch erwerben konnte.

II.

Das *pactum nudum* und die Naturalobligation.

Zu § **643**] Es gehört sicher zu den größten Merkwürdigkeiten der modernen Wissenschaft, welche sich mit antiken Stoffen beschäftigt, daß sie nach jahrhundertelanger Bemühung, uns in den Geist des Alterthums mitten hinein zu versetzen, doch zuweilen noch in Bezug auf Fragen, welche so recht aus der Fülle des antiken Systems heraus sich gleichsam von selbst lösen zu müssen scheinen, im Dunkeln tappt. Eine solche Frage ist die, ob zu den Enstehungsgründen der Natural-

obligation auch das *pactum nudum* gehöre. Es genügt, anzuführen, daß v. Savigny (Obligationenrecht I. § 7) diese Frage bejaht hat, und doch scheue ich mich nicht, zu behaupten, daß wohl kaum ein unrömischerer Gedanke erfunden werden könnte, als diese Bejahung.

Zuerst drängt sich hier der Gedanke auf, es müßte, wenn die Bejahung richtig wäre, das *pactum nudum* eine so eminente Rolle im Verkehr gespielt haben, daß es fast unbegreiflich wäre, davon keine Spur mehr in den Digesten zu finden. Man denke nur an das *constitutum debiti,* für welches die Basis einer Naturalobligation genügend war! Von da aus wäre durch einfaches *pactum geminatum* eine klagbare Forderung erzeugt worden: welch' monströses Gebilde! — Es läßt sich aber auch ziemlich direct aus den Quellen erweisen, daß den Römern diese Ungeheuerlichkeit fremd geblieben ist.

1) Wichtig ist zunächst in dieser Beziehung ein allgemeiner Ausspruch des Pomponius, welcher gerade für die Entstehung von Naturalobligationen (zwischen Herrn und Sklaven) das Vorhandenseyn einer *causa civilis* verlangt (*fr. 49. § 2. D. de pecul. 15, 1*); daß aber ein *pactum nudum* nicht zu den *causae civiles* gehört, ist gewiß.

2) Hiermit stimmt ein Ausspruch Ulpian's, welcher sagt, daß wenn *nulla causa* vorhanden sei, eine Obligation überhaupt nicht entstehen könne, und daß hiermit auch das Entstehen einer Naturalobligation verneint seyn soll, ergibt sich aus dem Schluß der Stelle, wo im ausdrücklichen Gegensatz zu jener Negative die Wirkung der *nuda pactio* auf die Erzeugung einer *exceptio* beschränkt wird (*fr. 7. § 4. D. de pact. 2, 4*): Exceptionen aber haben an und für sich mit Naturalobligationen gar nichts zu thun.

3) Entscheidend ist folgender Ausspruch Ulpian's: *Si quis ita interrogat: „Dabis?" responderit: „Quidni?" is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra, si sine verbis adnuisset: non tantum autem non civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit; et ideo recte dictum est, obligari pro eo nec fidejussorem quidem* (*fr. 1. § 2. D. de V. O. 45, 1*). Daß hier der Grund dieser vollen Wirkungslosigkeit in der Kraftlosigkeit eines formlosen Consenses (*pactum nudum*), nicht aber in einem inneren Gegensatz von solenner und unsolenner Willenserklärung liege (wie v. Savigny behauptet), ergibt sich aus *fr. 27. § 9. D. de pact.* (*2, 14*) und *fr. 8. pr. D. de acceptil.* (*46, 4*), wonach ein wegen irgend welchen Grundes ungültiger Acceptilationsact doch (im Zweifelsfalle) ein *utile pactum* in sich trägt. Ein ganz anderer Fall liegt vor, wenn Stipulatio und Constitutum die Alternative bilden (*fr. 1. § 4. D. de pec. const. 13, 5*), denn der *animus constituendi* trifft nicht einfach im Consens mit der *stipulatio* zusammen, wie dies mit dem *animus paciscendi* allerdings der Fall ist, sondern der *animus constituendi* enthält, weil er eine schon bestehende Verbindlichkeit voraussetzt und eigentlich nur eine neue Zahlungszusage bezweckt,* ein *aliud,* nicht ein bloßes *minus* im Vergleich mit der *stipulatio.*

*) s. Cursus § 703—705.

Gegen diese bestimmten Argumente kommen weder die ganz allgemein lautenden und gar keinen bestimmten Rechtssatz enthaltenden Stellen, wie *fr. 84. § 1. D. de R. J.* (*alicujus fidem sequi*), *fr. 1. pr. D. de pact. 2, 14* (*fides humana*) und *fr. 95. § 4. D. de solut. 46, 3* (*vinculum aequitatis*), auf, noch die zweifelhafte Stelle bei Paulus in *Sent. rec. I, 1,* wo das *pacti obligatio* entweder als *contractus obligatio* zu verstehen,* oder mit einer anderen Lesart (*pacti exceptio*: wofür die Stellung des Wortes *solummodo* spricht) zu vertauschen ist, noch auch das vielbesprochene, von Ulpian (in *fr. 5. § 2. D. de solut. 46, 3 jct. l. 3. C. de usur. 4, 32*) angeführte Rescript des Septimius Severus und Caracalla, wonach *ex nudo pacto usurae naturaliter debitae* sind, und solche Zinsen wirklich gezahlt und nicht zurückgefordert werden können; allein das „*naturaliter deberi*“ aus einem solchen s. g. *pactum usurarium* bezeichnet noch keine eigentliche Naturalobligation, und drückt hier zunächst nur den Wegfall der *condictio indebiti* aus.** Vielleicht hängt jenes Rescript zusammen mit der anderen gleichfalls von Ulpian (*fr. 11. § 3. D. de pigner. act. 13, 7*) berücksichtigten Constitution derselben Kaiser (*l. 4. C. de usur. 4, 32;* dazu *l. 22. eod.*), wonach der Gläubiger, welchem *nudo pacto* Zinsen zugesichert und Pfänder bestellt sind, diese bis zur vollen Befriedigung auch wegen der Zinsen retiniren darf. Offenbar liegen hier Specialbestimmungen vor, welche strict zu interpretiren sind und nicht zu dem Begriff einer wirklichen Naturalobligation ausgeweitet werden dürfen, am wenigsten die letztere Bestimmung, welche im Grunde nur auf Anerkennung einer *exceptio* hinauskommt. — Vergl. Brinz Kritische Blätter civilistischen Inhalts No. 3 (1853) S. 16ff. Schwanert die Naturalobligationen des Römischen R. (Gött. 1861) S. 97. 123—154. Schlesinger Zur Lehre v. d. Formalcontracten (Leipz. 1858) S. 91. u. v. Scheurl in Ihering's Jahrbb. f. die Dogmatik VII (1865) S. 343—351. —

Ueber die von dem normalen Recht der Naturalobligation abweichenden Fälle von Naturalverbindlichkeiten des *pupillus,* sowie des *debitor absolutus* vergl. Schwanert a. a. O. S. 372. 381. 385—391. 444. 449. u. v. Keller in Bekker's Jahrb. d. gem. R. IV. S. 373.

III.

Privilegien im Schuldrecht.

Zu § **639**] Wenn es zur gerichtlichen Geltendmachung einer Obligation kommt, so treten die allgemeinen Grundsätze des Klagenrechts in Anwendung, doch gibt es Ausnahmen, indem in gewissen Fällen der Schuldner, in anderen der Gläubiger privilegirt ist.

A. *Beneficium competentiae.* Seit alter Zeit waren Vater und Mutter, Schwiegervater und Patron, sowie des Letzteren Eltern und

*) Vergl. dazu Paulus in *fr.* 80. § 3. *D. de contr. emt.* (18, 1): *quaesitum est, an pacto contineretur.* **) s. Cursus § 645 sub 2.

Kinder, ferner der Ehemann in Betreff der Dos, sodann wer mit der *actio pro socio* oder aus einem Schenkungsversprechen in Anspruch genommen wurde, darin bevorzugt,* daß sie nicht *ultra facultates* verurtheilt werden sollten (*fr. 84. D. de jure dot. 23, 3; fr. 49. D. de pact. 2, 14*): *tenentur non in integrum* [*in solidum*: *Ulp. fr. 14. § 1. D. sol. matr. 24, 3*], *sed in id tantum, quod facere possunt* (*Paul. fr. 25. D. de re jud. 42, 1*).

Es wurde dabei der active Vermögensbestand zur Zeit des Urtheils ins Auge gefaßt, ohne Rücksicht auf sonstige den Verurtheilten belastende Schulden: *non deducto aere alieno* (*fr. 16—18. D. eod.*; mit Ausnahme des besonders privilegirten *donator: is solus deducto omni aere alieno*: *fr. 19. § 1. eod.*). Das Privilegium erschien in Gestalt der *exceptio, ut, quatenus facere potest, condemnetur* (*Tryph. fr. 33. D. de novat. 46, 2*): wir müssen hieraus schließen, daß Kläger sein Recht auf den Rest verlor. In der Zeit der classischen Jurisprudenz ward, wenigstens nach Ansicht des Paulus, angenommen, daß auch noch bei der Execution besondere Rücksicht zu nehmen, d. h. dem Schuldner die ihm zum Lebensunterhalt unbedingt nöthigen Mittel zu lassen seien: *ratio habenda est, ne egeat* (*fr. 173. pr. D. de R. J.*). Diese Einschränkung ist dann auch in das Justinianische Recht übergegangen, dabei aber festgesetzt, daß der Rest nachgefordert werden dürfe, wofern der Schuldner wieder *in meliorem fortunam* kommen sollte (*l. un. § 7. C. de rei uxor. act. 5, 13*).

B. *Privilegium exigendi.*** Wenn über das Vermögen eines Schuldners wegen des Zusammentreffens mehrer Gläubiger Concurs ausbricht, so scheiden sich die hypothekarischen Gläubiger von den anderen, den s. g. chirographarischen, indem sie Vorausbefriedigung aus den ihnen verpfändeten Stücken beanspruchen können, und nur der etwaige Ueberrest den Chirographariern zugute kommt. Unter diesen aber, bez. unter den Hypothekariern, insoweit sie aus ihren betreffenden Pfändern nicht volle Befriedigung erlangt haben, findet Vertheilung der Concursdividende nach Maßgabe ihrer liquidirten Schuldbeträge Statt; doch gibt es dabei Ausnahmen, indem manche Personen, bez. manche Arten von Forderungen der Art privilegirt sind, daß sie bei dieser Vertheilung den concurrirenden chirographarischen Forderungen vorgehen. Dieses Vorrecht im Concurs heißt *privilegium exigendi,* weil es ein Vorzugsrecht in Betreff der Eintreibung der Forderung ist.

a) Ein solches Vorrecht ist dem Fiscus (insoweit seine Forderungen nicht durch fiscale Hypotheken gedeckt sind), sowie dem Regenten und seiner Gemahlin (*fr. 6. D. de jure fisci 49, 14*), den Stadtgemeinden (*fr. 10. D. ad municipalem 50, 1*), der Ehefrau betreffs ihrer Dos (*fr. 22. § 13. D. soluto matrim. 24, 3*) und den unter Vormundschaft Befindlichen in Ansehung ihrer Ansprüche aus der Vormundschaftsführung (*fr. 42. D. de admin. tut. 26, 7*) eingeräumt.

---

*) Ueber das gleiche Privileg der *Milites* s. Cursus § 930. **) Vergl. dazu Cursus § 574—577.

b) Außerdem hat ein solches Vorzugsrecht Jedermann, welchem ein Anspruch wegen verlegter Begräbnißkosten (*fr. 45. D. de relig. 11, 7*), oder aus einem zum Wiederaufbau eines Gebäudes (*fr. 24. § 1. D. de reb. auct. jud. possid. 42, 5*), bez. zur Herstellung eines Schiffs vorgestreckten Darlehn (*fr. 26. eod.*), oder aus dem Verkauf eines Schiffs wegen rückständigen Kaufpreises (*fr. 34. eod.*), oder aus einem Darlehn behufs Ausbesserung einer *communis insula* (*fr. 52. § 10. D. pro soc. 17, 2*), oder endlich aus einem unverzinslichen Gelddepositum gegen einen *argentarius* zusteht (*fr. 24. § 2. D. de reb. auct. jud. poss. 42, 5*).

Die Fälle *sub* a) heißen *privilegia personae*, diejenigen *sub* b) aber *privilegia causae*; letztere gehen auf die Erben des Gläubigers über. — Unter ihnen sollen die Fiscalforderungen und Begräbnißkosten einen unbedingten Vorzug haben, der Art, daß sie auch den übrigen etwa concurrirenden privilegirten Posten im Concurs vorgehen. Das Privileg erscheint hier als potenzirt.

Zweiter Titel.

Die einzelnen Schuldarten.

XXXIV. Kapitel.

Die Urbildungen der Vertragsobligatio.

(Zu § 647-652)

Die Umbildung der *sponsio*.

Zu § **651. 652**] Offenbar hat die *sponsio* im Lauf der Zeiten eine wesentliche Umbildung erfahren, welche es möglich machte, späterhin sie nur als eine formelle Unterart der einfachen und ganz profanen Stipulation aufzufassen.* Ursprünglich muß die *sponsio* ein sacraler Act gewesen seyn. Wann aber ist jene Umbildung der *sponsio* vor sich gegangen? Diese Frage wird sich schwerlich je mit voller Sicherheit beantworten lassen.

Vielleicht kann das Ende des 4. Jahrhunderts als der entscheidende Zeitraum vermuthet werden. Seit dem J. 367 v. Chr. gab es einen eignen Magistrat, den Prätor, für die Jurisdiction; wir wissen aber, welches wichtige Proceßmittel die Stipulation in der Hand des Prätor war: es legt daher nahe, die Qualification der Stipulation für diesen Dienst mt dem wachsenden Einfluß der Prätur in Zusammenhang zu bringen. Appius Claudius setzte es in seiner revolutionären Censur (a. 312—8 v. Chr.)** durch, daß der Herculescult an der *ara maxima Herculis* von der *gens Potitia* auf *servi publici* übertragen ward.† Daß

*) Vergl. Cursus § 654. **) s. Excurse S. 100. †) s. Cursus § 102.

schon vorher jener Ritus eine Wendung zum Weltlichen genommen, läßt sich daraus schließen, daß jenes Geschlecht dabei mit 50,000 Libralas entschädigt wurde. Im Jahre 300 v. Chr. eröffnete die *lex Ogulnia* auch das Pontificat den Plebejern, und mit Erwählung des Tib. Coruncanius zum *Pontifex Maximus* fiel dann die letzte ständische Sacralschranke. In diese Zeit allgemeiner Profanisirung mag auch die Profanisirung der *sponsio* fallen.

Dazu kommt Folgendes. Wenn die von Rudorff (R. Rechtsgesch. I. § 20) rücksichtlich der *lex Appuleja, Furia* (*de sponsu*), *Valeria* und *Publilia* vermutheten Jahrangaben annähernd richtig sind, so würde etwa der Zeitraum 390—342 v. Chr. das allmähliche Auftauchen der *promissio* neben der *sponsio* im Bürgschaftsgebiete enthalten.* Das war um die Zeit, wo auch das *Nexum* in anderer Weise (durch die *lex Poetelia*) eine bedeutende Abschwächung seiner altnationalen Art erfuhr, und wohin auch die *lex Silia,* welche eine neue *legis actio* gewährte,** ohne Bedenken gesetzt werden kann. Es war eine Zeit des Umschwungs und beginnender Neuerungen im Verkehrsleben, und eine solche Zeit konnte auch an der *sponsio* nicht spurlos vorübergehen.

Wir finden die sacrale *sponsio* in häufiger Anwendung auf publicistische Verhältnisse, überall da, wo die traditionellen Factoren des patricischen Staatswesens maßgebend waren; dies war auch bei Ehen der Fall, daher Verlöbnisse im Wege der *sponsio* contrahirt wurden. Reste dieser vorzüglich publicistischen Stellung der *sponsio* finden wir noch bei Gaius (*3, 94: dicitur uno casu verbo spondendi peregrinum quoque obligari posse, velut si imperator noster principem alicujus peregrini populi de pace interroget*) und bei Varro (*de L. L. 6, 69: spondebatur filia nuptiarum causa*). Wo aus ältester Zeit von den Römischen Schriftstellern über Privatverbindlichkeiten berichtet wird, ist immer das *nexum* genannt. Das mußte sich seit der *lex Poetelia* (323 a. Ch.?) ändern, indem diese nur für Delicts- (Noxal-) Klagen noch das Mittel der Personalhaft bestehen ließ, für Vertragsschulden („*pecuniae creditae*" *Liv. 8, 28*) dieses Mittel aufhob. Nun mußte der praktische Werth einer einfachen Verbalsolennität klar werden, und woher waren die Elemente einer solchen natürlicher zu entlehnen, als aus der *sponsio?* So setzte sich an die Stelle des *nexum* die profan und privat gemachte *sponsio* d. h. die *dictio,* welche als zweiseitiges Rechtsgeschäft *condictio,* und in seiner nachherigen Erweiterung auf andere Fungibilien (Getreide) *stipulatio* genannt wurde. v. Savigny hat nicht Recht, wenn er die *stipulatio* aus dem *nexum* hervorgehen läßt (vergl. auch J. Christiansen d. Wissenschaft d. Röm. Rechtsgesch. I. 1838. S. 373. 374), aber das Moment der Zeitfolge, welches in jener Ansicht liegt, dürfte richtig seyn: das *creditum,* welches bis dahin im *nexum* auftrat, nahm seit der *lex Poetelia* vornehmlich die Gestalt einer *verborum proprietas* an; die *lex Silia* ertheilte der *pecuniae sponsio,* dann die *lex Calpurnia* auch der

*) Vergl. dazu Excurse S. 135. 154. **) s. Cursus § 149.

tritici promissio s. stipulatio eine *legis actio:* die *l. a. per condictionem.* In die Zeit zwischen die beiden Gesetze fällt recht eigentlich der Treffer jener zum Theil schon angeführten Worte des *Varro* (*de L. L. 6, 69*): *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa.* — Seitdem blieb die *condictio certi* eng mit der *stipulatio* verknüpft, *pecunia credita* ist (neben dem *mutuum*) vorzugsweise *pecunia stipulatione promissa.** Es gehört einer späteren Zeit an, daß *dicere* und *condicere* von formlosen Zusätzen zu Consensualcontracten gesagt wurde, wie wir das z. B. bei Pomponius in *fr. 66. pr. D. de contr. emt.* (*18, 1*) und in der üblichen Wendung „*dictum promissumve*“, welche im Zusammenhang mit dem Aedilicischen Edict eine Rolle spielte, sehen.

XXXV. Kapitel.

Die Stipulation.

(Zu § 653-667)

Zu § **653**] Die Stipulation vertritt gewissermaßen den Handschlag, das Handgeld (*arrha*)** und die Urkunde zugleich, sie ist ein Meisterstück klarer, nüchterner und männlicher Entschlossenheit. Mit der Frage dringt der, welcher das Forderungsrecht erobern, erwerben will, auf den zu Verpflichtenden ein: eine Frage enthält immer etwas Anregendes und Aufforderndes, und der Impuls macht sich um so energischer geltend, je knapper die Formulirung der Rede dabei ist. Die Stipulationsfrage ist so eingerichtet, daß ein einziges Wort der Erwiederung genügt. Ist das erwiederte Wort deutlich, so ist das Band geknüpft und der Vertrag zu Stande. Wie kurz ist der Raum zwischen Frage und Antwort unter Anwesenden, haarscharf die Linie zwischen Freiheit und Gebundenheit! Ein Wörtlein, das nicht breiter als ein Punkt ist, macht den Abschluß, und ob es gesprochen sei oder nicht, wie kann das noch fraglich werden unter verständigen Ehrenmännern?! So ist die *stipulatio* ein Bild einfachster Plastik, und ihre Verbreitung über die ganze antike Culturwelt, ihre Erhaltung durch viele Jahrhunderte reichster Verkehrsentwicklung nimmt nicht Wunder. Man versteht aber die praktische Tragweite eines solchen straffen Organismus erst dann recht, wenn man als Gegenbild die in der Ueberfülle erregsamer Phantasie unstete und verschwommene Sprache der heutigen Hindus im Verkehr hinstellt. „Es gehört“, so schreibt ein Missionar aus Indien, „ein ordentliches Studium dazu, all' die Freiheiten und Wendungen der tamulischen Umgangssprache, mit denen die Leute oft das gerade Gegentheil von dem Wortlaut ausdrücken, zu verstehen, und alle die Sprüchwörter und bildlichen Ausdrücke, die sie statt Ja und Nein so gern brauchen, zu verstehen.“ — Man denke sich ferner Deutsche Bauern in der Schenke Stunden lang über ein Vertragsanerbieten herüber und hinüberredend, streitend, aufklärend, wiederholend, Stimmun-

*) s. Cursus § 672. **) s. Cursus § 332. 654.

gen wechselnd! Man weiß, wie oft hier hinterdrein gerade die Hauptfrage, ob denn der beiderseitige Wille der Verhandelnden sich schließlich zum Vertragsentschluß zusammengefaßt und aufgerafft habe, im Nebel bleibt. Da drängt nun der Römer mit der blanken Spitze der *stipulatio* auf den Anderen ein, und in diesem Augenblick muß sich entscheiden, ob der Entschluß zur Reife gelangt sei. Mit der Antwort auf diese Schlußfrage ist aller Zweifel von der Entscheidung überwunden.

Eine geist- und lehrreiche Betrachtung stellt J. Christiansen (Institutionen des Röm. R. Altona 1843. S. 305—316) an. Hiernach lassen sich (abgesehen von dem Element der *bona fides* und dem Hinzukommen der Scriptur) 4 Stufen in der Geschichte der stipulatorischen *verborum figura* unterscheiden: 1) „Frage und Antwort ist der unmittelbarste Ausdruck des ganzen innern Hergangs, welcher Vereinigung aus dem Zweifel und nicht bloß Einigkeit ist. Eine gebildetere, mehr abstrahirende Zeit wird sich in der Regel damit begnügen, das reine Resultat, die Einigkeit, mit Weglassung der Interrogative, rein positiv darzustellen, vorzüglich wenn sie sich schriftlicher Darstellung bedient. ... Die neueren gebildeteren Sprachen gebrauchen zum Ausdruck absoluter Bejahung oder Verneinung der Frage ein einfaches Abstractum, welches absolut und rein nur Bejahung oder Verneinung ohne weitere Bestimmung ist (Ja! Nein!). Die älteren concreteren Sprachen haben nur eine concrete Bejahung. So auch die Römische Sprache. Statt der reinen Antwort hat sie nur ein Antworten auf dieses Gefragte. Es wird in der Antwort mehr oder minder alles Gefragte wieder aufgenommen. Der Antwortende kann noch nicht nach-denken und nach-wollen, ohne nach-zusprechen, und hat die instinctmäßige Vorsicht, bei dieser Weise, die ihm dienlicher und sicherer ist, zu bleiben. Denn nur, wenn das Gefragte nachgesprochen ist, können beide Theile sicher seyn, daß auch dasselbe gemeint ist. Das Kind sagt nicht, was es nicht meint, und meint, empfindet nicht, ohne zu sagen, oder ohne sich sonst zu äußern ... Wir dagegen lassen häufig die inhaltschwersten Versprechungen durch ein bloßes „Ja" ableisten. Jedoch bei der feierlichsten Form der Aussage oder Zusage durch rechten Eid verlangen auch wir noch jenen ursprünglich ganz allgemein üblichen, umständlichen, detaillirten Ausspruch. Es ist einleuchtend, in welchem Grade diese concrete Bejahung größere Garantie des Einverständnisses und Ernstes gibt als die abstracte. Es ist zwischen beiden in Hinsicht der Zuverlässigkeit ungefähr der Unterschied, wie ob man eine zu hebende Last mit dem bloßen Augenmaß probirt und approbirt, oder sie wirklich auf die Schultern nimmt ... Der Promittent soll dasselbe sagen, was gefragt wurde; das ist vor allen Dingen: er soll dasselbe ganz sagen, denn ohnedies ist nicht zu ersehen, ob er ganz dasselbe meint ... Die Interpretation des bloßen Wortes gibt hier noch keine Ungerechtigkeit. Das Wort wird interpretirt, wie es gesprochen ist, und es war wirklich nur der laute Gedanke selbst, nicht aber, wie es

später häufig der Fall ist, ein den Gedanken bloß bedeutendes Zeichen."

2) „Allmählich aber neigt sich die Sprache mit dem Gedanken zur Abstraction hin. Um eine Frage zu beantworten, wiederholt man nicht mehr das ganze Gefragte, sondern das Frageverbum. „*Visne mecum proficisci Capuam? Volo!* oder *Proficiscar!*" Die allgemeine Sprachsitte machte sich auch in Rechtsgeschäften geltend. Dazu kam, daß in den Formelbüchern der älteren Juristen* schon in den Stipulationsparadigmen die Antwort der Abkürzung wegen mit dem bloßen Verbum geschrieben wurde ... Das wesentlich Sichernde und Bindende der *stipulatio,* d. i. Befestigung** der Wort in Wort gefugten Rede, war damit verschwunden. Sie war jetzt nur: unumwundene, mündliche, persönliche Vereinbarung in Frage- und Antwort-Form."

3) „Die Pedanterei bestand hierbei oft auf eine ganz nutzlose formelle Congruenz. Die bessern Juristen der classischen Zeit aber waren längst darüber einig, daß die Sprache gleichgültig sei, daß man auf die Frage: *Dare spondes* sehr wohl *Dabo* statt *Spondeo,* auch selbst *Quidni* oder *Certe* antworten könne .... Alles nicht bloß müßige, sondern selbst schädliche Formelwesen an der Stipulation wurde, soweit nicht das Edict und die bessere Jurisprudenz dasselbe überwältigt hatten, durch kaiserliche Constitutionen allmählich beseitigt (z. B. *l. 11. 12. 14. C. de contr. stip. 8, 38*)."

4) „Ein wesentlicher Fortschritt in dieser Tendenz ist die Verfügung des Kaiser Leo, daß es bei der Stipulation auf gar keine Wortübereinstimmung und Wortfassung mehr ankommen sollte, so daß von da an auch selbst die Frage- und Antwortform nicht mehr als erforderlich zu erachten war. Dadurch war aber die alte Stipulation, der Verbalcontract, seinem eigenthümlichen Wesen nach aufgehoben." —

Wir knüpfen hieran einige weitere Betrachtungen.

Das erste und allgemeinste Element der Stipulatio ist, daß sie in einer *verborum proprietas* besteht. Dieses ist ihr bis auf Justinian geblieben, welcher es nur noch mittels einer *praesumtio juris et de jure* theilweise aufrecht hielt, in Wirklichkeit preisgab.† Sehen wir von dem Gebrauch der Stipulationsurkunden ab, so läßt sich sagen, daß die gesammte Geschichte der Stipulation von Appius Claudius und Flavius bis auf Justinian sich innerhalb dieses allgemeinen Rahmens hält.

Das nächstwichtige Element, welches der *verborum proprietas* recht eigentlich erst ihr specielles Gepräge gibt, ist die Beiderseitigkeit der Rede, und zwar die Gliederung in Frage und Antwort,

---

*) „Das sieht Jeder, daß die Stipulation etwas nicht zufällig, allmählich und unmerklich, sondern mit Ueberlegung auf einmal von den Juristen Gemachtes und durch ihre Actionenbücher Eingeführtes ist. Ich halte schon Flavius für den Erfinder. Die Zeit der Erfindung fand in der Stipulation nichts Andres, als eine bündige Rede, die so bequem war, wie man sie wünschen konnte." J. Christiansen d. Wissenschaft d. Röm. Rechtsgesch. S. 374.

**) „Durch die Stipulatio, die man erst anwendet, wenn ihr Inhalt schon durch freien Dialog ausgemittelt ist, wird das Vage, Unbestimmte, Grenzenlose dieses bestimmt und abgegrenzt, abgesteckt (*stipes — stipare*)." Ebendas. vergl. auch Ihering Geist d. Röm. R. II. S 581; Zöpfl i. d. Heidelb. Jahrbb. 1858. II. S. 198. u. Girtanner d. Stipulation (1859) S. 229. 230. †) s. Cursus § 969.

mit der Initiative des Gläubigers. In dieser Gestalt des *con-dicere* tritt die Stipulatio von Anfang an auf, und dieselbe ist ihr geblieben bis auf Leo. Die Zweigliederung bildet das Fundament ihrer Structur: erst von Leo ist dasselbe verlassen worden.* Wir sehen, daß wir da nicht mehr auf classischem Boden stehen; der Sinn der antiken Plastik, welcher entschieden jene Gliederung forderte, ist im Untergehen. Durch diese Gestalt unterscheidet sich die Stipulation, wie wir gesehen haben, von der *dotis dictio:* die Mitgiftszusage ist in Wahrheit bloß eine *dictio,* die Stipulatio eine *con-dictio.*

Eine andere Frage ist, ob diese Zweigliederung von Anfang der Stipulatio eigen gewesen. Das Wort *condictio* ist als ein zusammengesetztes jedenfalls nicht uralt; dürften wir annehmen, daß, gleichwie überhaupt aus dem einfachen das zusammengesetzte Wort hervorzugehen pflegt, so auch die *condictio* ein späterer Ansatz an die *dictio* gewesen sei: so kommen wir zu der Annahme, daß ein der *dotis dictio* analoger Act die ursprüngliche Solennität war, aus welcher dann die *condictio,* d. h. die Stipulatio, hervorging. Unterstützt wird diese Annahme a) durch das offenbare Alter der *dotis dictio* in Verbindung mit der *sponsio* als des alten Verlöbnißritus, b) durch die älteste Wortform der Stipulatio, die *sponsio,* welche den Act von Seiten des Schuldners bezeichnet und insofern auf eine wesentlich andere Structur hinweist, als diejenige der Stipulatio war, bei welcher der Gläubiger in erster Linie stand; c) durch die älteste Art der Stipulatio selbst, sofern wir uns darunter ein ausführliches und Wort für Wort congruentes Nachsprechen des ganzen Verpflichtungssatzes zu denken haben. Christiansen hat mit Recht als Parallele dafür die Art einer Eidesleistung angeführt, die alte sacrale *sponsio* aber war eine Eidesleistung, und folglich bestand der älteste Ritus, aus welchem dann die Stipulatio hervorging, wesentlich in einer feierlichen Erklärung des Schuldners, welcher die Rede des Gläubigers etwa nur als Einleitung vorausging. So war die alte *sponsio* gleichsam eine *jurata promissio.*

Diese wesentlich nur in feierlicher Rede des Schuldners bestehende sacrale Sponsio bildete also die Vorstufe der eigentlichen zum profanen und rein privaten Rechtsgeschäft ausgebildeten Stipulatio, und die eigentliche Geschichte dieser beginnt mit der Sanction des Zweigliederungsprincips, d. h. mit dem Uebergang der *dictio* in *condictio,* der einseitigen *promissio* in *stipulatio,* in welcher der Schuldner sich nicht mehr an die Gottheit, sondern an den betheiligten Privatmann, den Gläubiger selbst, wendet, dessen Frage abwartend und auf dessen Initiative angewiesen.

Diese eigentliche Stipulatio mag dann drei Stufen durchlaufen haben, ehe sie sich in der vom Kaiser Leo anerkannten Weise verflüchtigte: 1) Die Promissio muß sich wörtlich decken mit der Stipulatio, d. h. eine volle Antwort enthalten; 2) die Promissio zieht sich auf das entschei-

*) s. Cursus § 653 u. 969.

dende Stichwort zurück, welches aber wörtlich wiederholt werden muß (*Spondesne? Spondeo! — Dabisne? Dabo!*); 3) die Promissio kann durch jedes beliebige Wort, das Bejahung ausdrückt, geschehen (z. B. *Quidni?*), nur muß es ein Wort, nicht bloß Geste (*adnuere*) seyn. Auch hier ist noch das Princip der Zweigliederung gewahrt. — So weit ist die Geschichte der Stipulatio nur eine Vereinfachung, das Fundament wird nicht verlassen, die Stipulatio bleibt auf nationalem Boden; von da an aber zeigt sich Verflüchtigung, das Fundament wird verlassen, und die Stipulatio beginnt sich zu denationalisiren. Das Griechische Wesen triumphirt endlich und läßt die Verbalfigur in der Literalfigur untergehen.

Gewiß hängt der Unterschied und die Aufeinanderfolge jener drei Stufen der Stipulatio mit allgemeinen rechtsgeschichtlichen Momenten zusammen. Vielleicht dürfen wir die Vermuthung wagen, daß ihnen die 3 Bürgschaftsformen der *sponsio, fidepromissio* und *fidejussio* entsprechen — vielleicht gehört die erste Stufe der Zeit der XII Tafeln, die zweite der Zeit der *lex Poetelia* und des Campanischen Einflusses,* die dritte der Kaiserzeit an — vielleicht spiegelt sich in jener Scala die Trias des *jus strictum, gentium* und *extraordinarium*.

Vergl. dazu Ihering Geist d. Röm. R. II. § 46 a. E. Danz d. sacrale Schutz im R. Rechtsverkehr (Jena 1857) S. 112—142. 236—245. Girtanner d. Stipulation u. ihr Verhältniß zum Wesen der Vertragsobligation, insbesondere zum Creditum (Kiel 1859) S. 4—152. 226—231.

XXXVI. Kapitel.

Die Expensilation.

Zu § **668—671**] Die Organisation der *codices accepti et expensi* ist bis jetzt nicht mit Sicherheit ermittelt, da in den Quellen uns nur mangelhafte Nachrichten erhalten sind. Den Ausgangspunkt der Forschung muß immer die von Gaius im 3. Buch seiner Institutionen gelieferte Darstellung abgeben, allein diese Darstellung ist ungemein kurz, und macht nicht an allen Stellen (z. B. 3, 133: *quodammodo juris civilis* — 3, 134: *literarum obligatio fieri videtur*) den Eindruck voller Zuversichtlichkeit des Darstellers; wir wissen nicht, ob zu seiner Zeit der Privatgebrauch dieser Hausbücher noch in Blüte stand. Außerdem finden wir einigen Anhalt in Cicero's Reden und Schriften, allein die rednerische Benutzung zweifelhafter Beweismittel muß uns zur Vorsicht bei den in den Reden vorkommenden Stellen mahnen, und an ausführlicheren Angaben fehlt es überhaupt. Die Schilderung bei *Pseudo Asconius* (*ad Cic. in Verr.*) ist offenbar nicht exact und fußt nicht auf eignen Wahrnehmungen.

Als feste Punkte, von welchen aus die Forschung zu operiren hat, sind etwa folgende anzusehen: 1) die in die Hausbücher eingetragenen

*) s. Cursus § 100. 195.

Posten (*nomina*) waren nur Geldposten; in anderer Anwendung wird die *expensilatio* nicht genannt. 2) Die Eintragung hatte nicht den Zweck eines Beweismittels, sondern der Obligationsbegründung: gerade darin waren sie den *arcaria nomina* entgegengesetzt; unter diesen sind wohl Darlehnsurkunden zu verstehen, welche dem Gläubiger zum Beweis dienten und in der *arca* aufbewahrt wurden (*Gai. 3, 131; fr 27. § 1. D. de furt. 47, 2*). Vergl. hierzu neuerdings Hecht die röm. Kalendarienbücher (Asher's Rechtsgesch. Abhandlungen. Heidelb. 1868. Heft I.) S. 20—24. Auch die Hausbücher konnten allerdings im Proceß zum Beweis gebraucht werden, namentlich dann, wenn ihre Vorlegung vom Gegner veranlaßt und ihr Inhalt gegen den Schreiber selbst citirt ward; allein dies bildete nicht ihren eigentlichen Zweck. 3) Der wesentliche Act bei der Obligirung war die Eintragung durch den Gläubiger: *in nominibus alius* (*i. e. creditor*) *expensum ferendo obligat* (*Gai. 3, 137*). Es ist auch natürlich, daß die Begründung der *obligatio*, nachdem der Schuldner seinen Consens gegeben, nicht dessen Willkür und Aufmerksamkeit überlassen blieb, sondern dem Gläubiger anheim gegeben wurde, welcher vor Allem dabei interessirt war, daß die Eintragung nicht unterbleibe. — Aus demselben Gesichtspunkt möchte ich auch vermuthen, daß der formale Tilgungsact in dem Löschungsvermerk lag, den der Schuldner in seine Hausbücher, mit Consens des Gläubigers, eintrug. Daß der Eintragungsact seiten des Gläubigers der eigentliche Obligirungsgrund war, geht auch aus dem *Auct ad Herenn. 2, 13: Consuetudine jus: quod genus, id quod argentario tuleris expensum, a socio ejus recte repetere possis*, sowie aus *Cic. pro Rosc. Com. 4. 5.* hervor: *Adnumerare sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat; reliquum est, ut stipulatum se esse dicat. Praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. Pecunia petita est certa ... Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit.* Unterstützt wird diese Ansicht noch durch zwei Stellen des Pomponius (*fr. 49. D. de pecul. 15, 1* und *fr. 26. D. de donat. 39, 5*), welcher bemerkt, daß durch einseitige *relatio in rationes* der Eintragende nicht obligirt werde.

Halten wir nun fest, daß in diesen Hausbüchern nur Geldposten standen, und daß Obligirung der Eintragungszweck war, so können wir nicht annehmen, daß sie vollständige Kassabücher, oder allgemeine Vermögensbilancen waren. Die Römer waren keine Kaufleute. Sie trugen Forderungsposten ein, welche verabredeter Maßen die Natur einer *certa pecunia* erhalten sollten, um *condictio certi* zu begründen, dem Anspruch den Nachdruck eines Succumbenzgeldes zu verschaffen und der *condemnatio pecuniaria* vorzuarbeiten; auf diese strebte ja damals jeder Civilproceß hin, und in dieser Spitze zeigte sich die energische Exigibilität aller glatten Forderungen. Neben der *expensilatio* diente die *stipulatio* dazu,* allein da diese *inter absentes* nicht Platz

*) Vergl. Ulpian in *fr. 3. § 3. D. de Scto Maced. (14, 6): si in creditum abii filiofamilias vel ex causa emtionis, vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi.*

griff, mußte die *expensilatio* die Lücke im Verkehr ausfüllen. Je mehr es dann üblich wurde, sich der Sklaven und der Argentarien zum Contrahiren zu bedienen, kam die Sitte der privaten Expensilation ab.

Nach der Darstellung bei Gaius gab es keine Expensilatio, die nicht *transscriptio* war, d. h. eine *novatio* enthielt: und dies stimmt völlig mit dem oben angegebenen Zweck des Eintragens. Die Eintragung substituirte immer eine neue formale *causa:* aus den *literae* ward nun geklagt, sei es, daß *inter easdem personas* die neue Obligatio bestand (*transcriptio a re in personam*), oder daß ein neuer Schuldner *delegando* eintrat (*transscr. a persona in personam*). So wenig unsere Wechsel heutzutage die Rolle einer Wirthschaftsübersicht spielen, so wenig die *Codices accepti et expensi* bei den Römern. Sie waren Negociirungsinstrumente und ihr wesentlicher Effect bestand in Novation: in jenem Institut der Hausbücher hat sich zweifelsohne zuerst die Rechtsidee der Novation entwickelt.

Auch der Ausdruck *transscriptio* deutet darauf hin. Von Anderen, namentlich von Keller, ist derselbe zwar als ein Doppeleintrag des Postens, welcher zugleich auf der einen und der anderen Seite (im Sollen und im Haben) zu stehen gekommen und also von einer Seite auf die andere hinübergeschrieben worden sei, verstanden worden, indeß würde das eine sehr kunstreiche Buchführung und einen complicirten Gebrauch der *Codices* voraussetzen, wie er von classischen Schriftstellern nicht bezeugt ist; auch scheint mir das Wort *transscriptio* mit nichten den Sinn eines Doppeleintrags haben zu können. Weit näher liegt es, *transscriptio* als nachträgliche umbildende Buchung zu verstehen, ganz analog der *translatio obligationis* oder *debiti,** womit Gaius, Papinian und Ulpian die Novation bezeichnen; Cicero nennt den Eintrag demgemäß: *rationum in tabulas translatio* (*pro Rosc. Com. 3*), und bezeichnet in ähnlicher Weise die Umschreibung eines Testaments mit *testamentum in alias tabulas transscribere* (*pro Cluent. 14*).** Der Ausdruck *transscriptio* bot sich für jene Procedur um so natürlicher dar, weil es zu jenen Zeiten Sitte war, daß Rechtsgeschäfte augenblicklich, wenigstens jeden Tag, in ein einfaches Tagebuch (*adversaria s. rationes*) notirt, und von da, etwa allmonatlich, in die ständige Haustafel übertragen wurden.

Bis zu diesem Uebertrag galt der pränotirte Posten als schwebender Posten (*jacens in adversariis*), durch den definitiven Uebertrag ward er in einer *literarum obligatio* fixirt und mit strenger Klage ausgestattet. *Nomen transscriptum* ist der Gegensatz des *nomen jacens*. Gewiß erfuhren diesen Uebertrag nur solche Posten, welche mit Genehmigung des Schuldners speciell diese Verstärkung erhalten sollten, und namentlich dann, wenn sie wegen Abwesenheit des Schuldners nicht durch Stipulation bekräftigt werden konnten. In früheren Jahrhunderten, bevor das Contrahiren durch Sklaven allgemein üblich geworden war, und

*) s. Cursus § 603. **) Mit dieser Auffassung stimmt auch das in *socios nomina transferre* in der Erzählung bei Liv. 35, 7.

bevor die Rechtsgewohnheit der Consensualcontracte feststand, mögen die Hausbücher überhaupt vornehmlich dem *commercium inter absentes* gedient haben; auch das theilen sie mit den Wechselbriefen, welche von jeher auf *distantia loci* berechnet waren. Die *expensilatio* war in jener Zeit eine geradezu nothwendige Ergänzung der Stipulation, und sie erhielt sich dann auch neben dem ausgebildeten Sklavenverkehr und Consensualcontractsystem so lange, als in alter ächtrömischer Weise auf die Proceßstrenge der *condictiones certi* Werth gelegt ward.

Die wichtigste Quelle neben Gaius ist Cicero in seiner *Or. pro Roscio Comoedo c. 1—5*. Hier heißt es im Zusammenhang einer fingirten Wechselrede zwischen dem Kläger C. Fannius Chaerea und Cicero, dem Vertreter des beklagten Roscius: *Exspecto, quam mox Chaerea hac oratione utatur: Egone hanc manum et hos digitos meos impellere potui, ut falsum perscriberent nomen? Quodsi ille suas proferet tabulas: proferet suas quoque Roscius. Erit in illius tabulis hoc nomen: at in hujus non erit. Cur potius illius, quam hujus, credetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri jussisset? .. Si tabulas C. Fannius accepti et expensi profert suas, in suam rem, suo arbitratu scriptas, quominus secundum illum judicetis, non recuso. Ratum habebit Roscius. Profer! ... Quid ita non profers? Non conficit tabulas? Immo diligentissime. Non refert parva nomina in codices? Immo omnes summas. Leve et tenue hoc nomen?* H-SCCCIↃↃↃ (*centena millia*) *sunt. Quomodo tibi tanta pecunia extraordinaria jacet? quomodo* H-SCCCIↃↃↃ *in codice accepti et expensi non sunt? .. Nimium cito, ait, me indignari de tabulis; non habere se hoc nomen in codice accepti et expensi relatum confidetur; sed in adversariis patere contendit. Usque eone te diligis et magnifice circumspicis, ut pecuniam non ex tuis tabulis, sed ex adversariis petas? Suum codicem testis loco recitare, arrogantiae est; suarum perscriptionum et liturarum adversaria proferre, non amentia est? Quodsi eandem vim, diligentiam auctoritatemque habent adversaria, quam tabulae, quid attinet, codicem instituere? conscribere? ordinem conservare? memoriae tradere literarum vetustatem? .. Quid est, quod negligenter scribamus adversaria? quid est, quod diligenter conficiamus tabulas? qua de causa? quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sancte; haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur; haec sunt dejecta, illae in ordinem confectae. Itaque adversaria in judicium protulit nemo, codicem protulit, tabulas recitavit. Tu Piso, tali fide ornatus, ex adversariis pecuniam petere non auderes. ... Illud quaero: quam pridem hoc nomen, Fanni, in adversaria retulisti? Erubescit; quid respondeat, nescit. Sunt duo menses jam, dices. Tamen in codicem acceptum et expensum referri debuit. Amplius sunt sex menses. Cur tamdiu jacet hoc nomen in adversariis? Quid, si tandem amplius triennium est? Quomodo, quum omnes, qui tabulas conficiant, menstruas paene rationes in tabulas transferant, tu hoc nomen triennium amplius in adversariis jacere pateris? Utrum cetera*

nomina in codicem accepti et expensi digesta habes, an non? Si non: quomodo tabulas conficis? si etiam: quamobrem, quum cetera nomina in ordinem referebas, hoc nomen triennio amplius, quod erat in primis magnum, in adversariis relinquebas? Nolebas sciri, debere Roscium. Cur scribebas? Rogatus eras, ne referres. Cur in adversariis scriptum habebas? — Sed haec quamquam firma esse video, tamen ipse mihi satisfacere non possum, nisi a C. Fannio ipso testimonium sumo, hanc pecuniam ei non deberi... Pecunia tibi debebatur certa; quae nunc petitur per judicem; in qua legitimae partis sponsio facta est ... Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex. Quid est in arbitrio? mite, moderatum ... Hic ab arbitro ad judicem venire est ausus. Adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat. Praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.** Stipulatus es? Ubi? quo die? quo praesente? .. Pecunia petita est certa, quum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. Datam non esse, Fannius confitetur; expensam latam non esse, codices Fannii confirmant; stipulatam non esse, taciturnitas testium concedit.* —

Abweichende Ansichten s. namentlich bei v. Keller Grundriß z. Vorles. üb. Instit. u. Antiquit. des R. R. (Berl. 1854—58) S. 102—111. u. Ihering Geist d. R. R. II. § 47. S. 620. Die Ansicht des Ersteren, daß *nomina arcaria* diejenigen Geldposten seien, welche durch reelle Numerationen begründet als bloße Casseneinträge in den Codex zu stehen gekommen wären, findet ebensowenig in *Gai. 3, 132* einen Anhalt (vergl. auch *fr. 2. § 5. D. de reb. cred. 12, 1* und *fr. 7. D. de novat. 46, 2*), als die andere Aufstellung, daß *acceptilatio* der entsprechende Eintrag des Postens als Schuldposten in den eignen Codex des Schuldners gewesen sei, vereinbar ist mit der sonstigen Bedeutung der *acceptilatio*, die bei der Stipulation bekanntlich nicht Begründung und Anerkennung einer Schuld, sondern Tilgung und Anerkennung der Tilgung bezeichnete. Für diese Ansichten geben *Cic.* in *Verr. I. 36* und *Cic. pro Rosc. Com. c. 3* keineswegs den Beweis, welchen v. Keller's summarische Behauptung darin findet, und am allerwenigsten sprechen diese Stellen für den Keller'schen Grundgedanken, daß der *expensilator* den formellen Posten auf beide Seiten des Buches zugleich (*trans-*) geschrieben habe, vielmehr gibt die in *Cic. pro Rosc. Com. c. 3* enthaltene Wendung: *Cur tamdiu jacet hoc nomen in adversariis? quum omnes, qui tabulas conficiant, menstruas paene rationes in tabulas transferant?* geradezu die Schüler'sche Bedeutung des Wortes: *transscribere*, die auch allein mit des Gaius Darstellung (*a re in personam, a persona*

---

*) Vergl. Cursus § 149. 260. 703. **) Vergl. Pomp. in *fr. 1. D. de annuis legat.* (33, 1): *dari debet, sicut ex stipulatu aut nomine facto petatur.* Bei Paulus in *fr. 16. D. de admin. tutor.* (26, 7) ist das *nomina facere s. contrahere* nicht mehr im alten Expensilationssinn gebraucht.

in personam transscriptio fit) verträglich und harmonisch ist, an die Hand.

Die Ansicht Ihering's, daß das *expensum et acceptum ferre* seiner ursprünglichen Tendenz und seinem Aeußeren nach nichts weiter als ein Beweismittel gewesen sei, stimmt gleichfalls nicht mit den Darstellungen bei Cicero und Gaius; nur dies ist zuzugeben — und etwas Weiteres liegt auch in Cicero's rednerischen Digressionen nicht —, daß die *Codices* unter Umständen wohl zur Beweisführung benutzt werden konnten, namentlich dann, wenn der Gegner, in dessen Codex der Gläubiger die Verzeichnung des Postens vermuthete, die Vorlegung dieses Codex zur Vergleichung mit dem seinigen, welcher die *expensilatio* enthielt, behufs des Beweises des vom Beklagten etwa bestrittenen Consenses veranlaßte. Es lag allerdings in dieser Sitte ein beweiskräftiges Element, indem wahrscheinlich zur ordnungsmäßigen Haltung des *codex* mit gehörte, daß Jeder auch die Schulden eintrug, welche mit seiner Bewilligung (*jussus, consensus*) im Codex des Gläubigers als *nomina transscripta* auftraten: ein ordentlicher Geschäftsmann mußte seine *literalia debita* schon deßwegen buchen, damit die richtige Basis für den späteren Acceptilationsvermerk gelegt wurde, der sonst ein *referens sine relato* gewesen seyn würde. Außerdem — und dieses Moment tritt in der *Or. pro Roscio* namentlich hervor — konnte unter Umständen der in Anspruch genommene Schuldner den Gegenbeweis damit führen, daß er Vorlegung des Codex vom Kläger verlangte, welcher, wenn er diesen ordentlich führte, nicht durch dolose nachträgliche Expensilation sich den gewünschten Klaggrund (für *condictio certi*) verschaffen konnte; denn jeder Posten mußte zur gegebenen Zeit eingetragen seyn, Verspätigung begründete Verdacht, und fehlte der Expensilationsvermerk im Buche, so wurde Kläger schlechthin sachfällig. So lange die Sitte gut beobachtet ward, gewährte sie demnach indirect auch dem Schuldner einen Schutz, und es ist begreiflich, daß die Sitte der *Codices*, die zunächst und vornehmlich dem Formuliren strenger Klagrechte dienen sollte, in der Praxis zugleich zur Bedeutung eines Beweismittels kommen konnte. Immer aber ist festzuhalten, daß diese Bedeutung nur eine secundäre war, und Pseudo-Asconius (in *Verr. I, 23, 60*) mag nicht ganz Unrecht mit seiner Bemerkung haben, daß, als (der Zweck des Formulirens strenger Klagrechte zurück und) der exoterische Zweck der Beweiserpressung hervortrat, die Sitte der Privatcodification mißliebig wurde und in Verfall kam: *sed postquam obsignandis literis reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit.*

XXXVII. Kapitel.

Realcontracte.

(Zu § 672-679)

Creditum und *mutuum*.*

Zu § 672. 673] Der Ausdruck *Creditum* bezeichnet kein eigentliches Rechtsinstitut, sondern im Grunde nur ein ökonomisches Verhältniß, ähnlich wie *intercessio, transactio, donatio*.** Ursprünglich mag das Wort vorzugsweise von dem Verhältniß des Nexum-Gläubigers ausgesagt worden seyn; dann wurde es erstreckt auf das *mutuum*, die *expensilatio* und *stipulatio;* überall handelte es sich hier um eine *condictio certi*, und davon kam es, daß man später noch bei dem Worte *creditum* leicht an *condictio certi* dachte. Allein der Begriff wurde infolge der *lex Cornelia de satisdationibus*, des *Sctum Macedonianum* und andrer Gesetze im Wege freier Interpretation weiter und feiner ausgebildet und zuletzt auf jeden Fall ausgedehnt, wo man sagen konnte, daß ein bestimmt quantificirbarer Vermögenswerth im Vertrauen auf des Schuldners Solvenz demselben aus der Hand des Gläubigers zufloß, um später in diese Hand zurückzufließen. Vergl. Voigt Ueb. die *condictiones ob causam* und über *causa* und *titulus* im Allgemeinen (Leipz. 1862) S. 258 bis 274. Hiernach fällt z. B. auch das *depositum*, sowie das Gestunden des Kaufpreises unter den Begriff des *creditum*, und *Gaius* (*3, 124*) sagt mit Hinblick auf jene *lex Cornelia*: *Pecuniam creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tunc, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, i. e. quae sine ulla conditione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur; itaque si vinum vel frumentum, aut si fundum vel hominem stipulemur, haec lex observanda est.* Von da aus erweiterte sich der Begriff des *creditor* über das ganze Schuldrechtsgebiet. *Gaius ad Edictum* bestätigt: *Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur* (*fr. 11. D. de V. S.*), und Ulpian sagt sogar: *Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione, sive pure, sive in diem, vel sub conditione* (*fr. 10. 12. eod.*). Das Wort *Creditum* ward aber noch immer gern in einem etwas engern Sinn gebraucht, sowie er sich namentlich im Edict und dessen Interpretation festgestellt zu haben scheint. Mit Rücksicht auf dieses bemerkt Ulpian: *Quoniam multa ad contractus varios pertinentia jura sub hoc Titulo Praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit. Omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur, nam, ut*

---

*) Vergl. Cursus § 130. **) s. Cursus § 466.

Celsus ait, credendi generalis appellatio est. Ideo sub hoc titulo Praetor et de commodato et de pignore edixit; nam cuicumque rei assentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur (*fr. 1. D. de reb. cred. 12, 1*). Paulus fügt hinzu: *Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione* (*fr. 2. § 5. eod.*; dazu Pomp. in *fr. 7. D. de nov. 46, 2*).

Auch das *mutuum* gehörte unter den Begriff des *creditum*, und ganz vornehmlich. Dieser, und kein andrer Gedanke ist in der seltsamen, aber wie es scheint, traditionellen Ableitung des Wortes *mutuum* (*quod ex meo tuum fit*) als das Wesentliche festzuhalten (*Gai. 3, 90* u. *Paul.* in *fr. 2. § 2. D. de reb. cred. 12, 1*). *Creditum a mutuo differt, qua genus a specie; nam creditum consistit extra eas res, quae pondere, numero, mensura continentur: sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia* (wenn nicht ein reeller Vermögenswerth übergeht auf den Schuldner), *creditum autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur* (*fr. 2. § 3. eod.*).

Ueber die Ableitung des Wortes *mutuum* vergl. noch Glück Commentar Thl. XI. S. 466 u. Schilling Lehrb. f. Institut. III. S. 226.

XXXVIII. Kapitel.

Consensualcontracte.

(Zu § 680–701)

I.

Der civilrechtliche Kauf.

Zu § 682] Der Kauf so, wie wir ihn uns als ursprünglich einfachste Verkehrsbewegung aus dem Tausch hervorgehend zu denken haben (*Paul. fr. 1. D. de contr. emt. 18, 1:* dazu Schilling Lehrb. f. Institutionen u. Gesch. d. Röm. Privatrechts III. § 290. S. 358), ist ein Geschäft Zug um Zug, welches sofort beim Abschluß auch zur Ausführung gelangt. So erscheint noch heute das Kaufgeschäft im alltäglichen Kleinverkehr auf dem Markt, am Ladentisch. Hier tritt nur ausnahmsweise das Bedürfniß hervor, das Kaufgeschäft als Quelle einer Obligatio zu behandeln; der Obligationseffect wird daher erst dann sich zu einem bestimmten Rechtsinstitut ausbilden, wenn der Körper des Kaufgeschäfts sich mobilisirt und gliedert, die beiden Seiten der Erfüllung auseinandertreten, die Preisleistung einerseits, die Waarenlieferung anderseits betagt, gestundet wird. Dann erscheint der Kauf als Creditkauf, als Liefergeschäft. Dies sind die beiden Figurationen, in denen der Kauf sich namentlich als Handelsgeschäft zeigt. Alle feineren Rechtsfragen (außer der Evictionsleistung und dem ädilicischen Edict) hängen sich an diese zwei Kaufsgestalten. Aber noch an einem anderen Punkte erkennen wir die allmähliche Entwicklung und Umbildung des Kaufs in die Natur des Handelsgewerbes.

Der einfachen Natur des ursprünglichen Kaufs entspricht es, daß mehr der Käufer als der Verkäufer im Vordergrund steht: er sucht den Verkäufer, d.h. die Waare, er holt sich die Waare: *emit* = *sumit;* im Mancipationsritus hat er die Initiative, spricht er die wesentlichen Worte der *nuncupatio;* daher bildete sich die Wortverbindung *emtio venditio*, in welcher der Käufer vorangestellt erscheint. Wie wir aus *Cic. de off. 3, 16* erkennen, gab ursprünglich die *nuncupatio*, also die Rede des Käufers, den Maßstab für die Haftung des Verkäufers. Allein mit der Zeit entwickelt sich eine Bewegung in der Richtung vom Käufer nach dem Verkäufer hin, der nun mehr und mehr in den Vordergrund tritt. Die Vorstellung, daß der Verkäufer ein gewerbsmäßig feilhaltender Geschäftsmann und Händler sei, regiert den Kauf und gestaltet ihn um. In mancher Beziehung macht sich die Rücksicht des Feilhaltens geltend (s. z. B. *fr. 11. pr. D. de reb. cred. 12, 1*); beim Kauf bewirkt sie, daß der Verkäufer als *legem dicens* gedacht, die Verabredung nun als *lex venditionis* bezeichnet wird. Dieser Initiative des Verkäufers gemäß sollte er nun das Risico der Interpretation tragen, wurde ihm auch bloße (dolose) Verschweigung angerechnet (s. *Cic. l. c.*), ja man verlangte, daß vom Verkäufer zuerst geleistet werde (s. Dernburg, Gesch. u. Theorie der Compensation, 2. Aufl. S. 66. 67).

Von Einfluß auf diese Wendung mag namentlich Labeo gewesen seyn, denn Paulus beruft sich für den Satz, *obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit,* auf Labeo (*fr. 21. D. de contr. emt. 18, 1*); auch sonst legte Labeo das Gewicht auf den Verkäufer: so in *fr. 34. pr. eod.* bei der Interpretation der *lex venditionis*, in *fr. 77. eod.* bei der *exceptio lapidicinae* (vergl. dazu *fr. 79. eod.*). Aus *fr. 50. eod.* läßt sich vielleicht schließen, daß diese Entwicklung mit der Ausbildung der Innominatcontracte zusammenhing. Noch weiter ging das Aedilicische Edict. Nun liegt die Wandlung offen vor: der wachsende Marktverkehr, das öffentliche Feilbieten, der gewerbsmäßige Verkauf drückte dem Kaufgeschäft die Signatur einer neuen Zeit auf.

II.

Der Kauf des *jus honorarium* oder die Haftung für Fehler der Waare und das *aedilicium Edictum*.

Zu § 685] Waare kann besonders gute Eigenschaften haben, die dem Käufer wünschenswerth sind, oder aber mit besonderen Mängeln behaftet seyn, vor denen der Käufer sich wahren möchte. Durch Uebereinkunft kann er sich der ersteren versichern, gegen die letzteren wahren. Schon nach den XII Tafeln haftete solchenfalls der Verkäufer *ex nuncupatione* und *sub poena infitiationis* (*Cic. de offic. 3, 16*). Später ward über besondere Beschaffenheit der Waare oft stipulirt

(*duplae stipulatio;* z. B. *fr. 4. § 5. D. de doli exc. 44, 4; fr. 174. D. de V. S.*), oder der Verkäufer gab contractlich darüber wenigstens eine einfache Zusicherung (*dictum et promissum: fr. 19. § 2. D. de aedil. Ed. 21, 1*), welche, dem Kauf *in continenti* beigefügt, schon zufolge der Grundsätze des neuern Civilrechts* band, und nach dem Aedilicischen Edict selbst dann, wenn sie vor oder nach dem Kaufabschluß geschah, bindend seyn sollte (*fr. 19. § 6; fr. 20. eod.*). *Si quis affirmaverit, aliquid adesse servo, nec adsit, vel abesse, et adsit, utputa si dixerit: furem non esse, et fur sit; si dixerit: artificem esse et non sit; hi enim, quia, quod asseveraverunt, non praestant, adversus dictum promissumve facere videntur* (*Ulp. fr. 17. § 20. eod.*). *Sciendum tamen est, quaedam, etsi dixerit, praestare eum non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent, veluti si dixerit: frugi, probum, dicto audientem. Ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit, quod dixit* (*Ulp. fr. 19. pr. § 3. eod.;* s. g. *laudatio mercis et jactatio,* Empfehlung und Anpreisung).

Abgesehen von irgendwelcher Vereinbarung haftete nach älterem Civilrecht der Verkäufer nur *ex dolo*, d. h. aus betrügerischer Vorspiegelung guter, oder betrügerischer Verbergung fehlerhafter Beschaffenheit (*fr. 37. D. de dolo malo 4, 3*); doch war schon vor Cicero in der Praxis angenommen, daß jedes Verschweigen von Fehlern bei Grundstückskäufen dem *dolus* gleich stehe: *Ac de jure quidem praediorum sanctum est apud nos jure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam quum ex XII tabulis satis esset, ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret: a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere* (*Cic. de off. 3, 16;* dazu *de orat. 1, 39*). Seit Ofilius, wie es scheint, wurde dieser Satz (zunächst vielleicht auf Sklaven: *fr. 38. § 7. D. de aed. Ed. 21, 1,* dann weiter auf alle Sachen) ausgedehnt (*Gai. fr. 15. i. f. D. de peric. rei v. 18, 6*). Noch weiter aber ging das Aedilicische Edict, indem es nicht bloß den Verkäufer auf Verlangen des Käufers zur *duplae stipulatio* (*repromissio Aedilicia: fr. 28. 32. 62. D. de aed. Ed. 21, 2*) nöthigte, sondern auch ohne solche und abgesehen von jedem *dolus* eine Haftverbindlichkeit einführte.

Das *aedilicium Edictum* war durch die Marktpolizei der curulischen Aedilen veranlaßt worden und zeigt uns die Entwicklung des gewerbsmäßigen Handelskaufs. Es bestand aus 2 Hauptabschnitten, deren erster den Handel (*Edictum de venditionibus rerum: fr. 1. pr. D. de aed. Ed. 21, 1*), der zweite das (Feil-) Halten gefährlicher Thiere an Stellen öffentlicher Passage (*fr. 40—42 eod.*) betraf. Der letztere (nicht hierhergehörige) Abschnitt scheint erst der Kaiserzeit anzugehören, durch die damals weitverbreitete Neigung zu wilden Thieren

---

*) s. Cursus § 646.

veranlaßt; der erstere aber lag schon in der letzten Zeit der Republik ausgebildet vor (*Cic. de off. 3, 17; Cato* in *fr. 10. § 1. D. eod.? Ofilius* in *fr. 8. 10. pr. fr. 38. D. eod.; Trebatius* in *fr. 6. § 1. fr. 12. § 4. fr. 14. § 3. eod.*), zerfiel in zwei Unterabschnitte vom Sklaven- (*fr. 1. § 1. eod.; Gell. 4, 2*) und vom Viehhandel (*fr. 38. pr. § 5. D. eod.*) und wurde namentlich durch Labeo und Caelius Sabinus theoretisch entwickelt.

Dieses Handelsedict findet bei der *emtio speciei* Statt, denn wo generisch bestimmte Sachen geliefert werden, muß der Verkäufer überhaupt für tadellose Qualität einstehen, und hat der Käufer in der nachfolgenden Prüfung und Approbation ein Sicherungsmittel; allein wo nach dem Augenschein auf offnem Markte feil gehaltene Waare gekauft wird, können verborgene Mängel, die dem Verkäufer bekannt sind oder doch bekannt seyn können und sollen, unbemerkt und unentdeckt bleiben, und die eigene Auswahl seiten des Käufers scheint dessen Billigung der Species zu enthalten. Gewerbsmäßige Verkäufer verstehen sich auf ihren Vortheil sehr gut; vor Allem aber galt es, das Publikum gegen die Sklavenhändler (*venaliciarii*) zu sichern, *nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est* (*Paul. fr. 44. § 1. eod.*). Diese sollten daher für alle nicht offenbaren Mängel ihrer feilgehaltenen *mancipia* einstehen, und Schadensersatz leisten, sogar wenn ihnen selbst der Mangel unbekannt gewesen, um ihnen so jede Ausflucht abzuschneiden: *Ajunt Aediles: Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit — Causa hujus Edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint; dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor; neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate* (*Ulp. fr. 1. § 1. 3. eod.;* Umhängung einer Tafel, *pronunciatio vitiorum in titulo: Gell. 4, 2*). Ausgedehnt wurde dann diese Bestimmung auf *jumenta* (*fr. 38. pr.—§ 3. eod.*), später auf *pecora* aller Art (*fr. 38. § 4—6. eod.*); auf Hunde und wilde Thiere, Grundstücke, sowie andere körperliche Sachen scheint sie erst durch die Praxis (*Labeo: fr. 1. pr. eod. Ulp.: fr. 49. 63. eod.*) übertragen worden zu seyn.

Wegen erweislicher Mängel machte der Käufer sein Interesse entweder mit der *actio ex stipulatu* oder mit der einfachen *actio ex emto* geltend, welche ihm nicht bloß *propter dolum* und *reticentiam*, sondern selbst außerdem auf Grund der Vorschriften des Edicts zufolge der Praxis offenstand (*fr. 13. pr.—§ 2. D. de a. e. 19, 1*); oder aber er bediente sich der besonderen Klagen aus dem Edict, unter denen er, ohne Unterscheidung von Haupt- und Nebenmängeln (s. v. Feuerbach Civilist. Versuche Thl. I. No. 2.), die Wahl hatte (*fr. 18. pr.; fr. 38. pr.; fr. 43. § 6; fr. 48. § 1. 2. D. de aed. Ed. 21, 1; fr. 25. § 1. D. de exc. rei jud. 44, 2*). Nur in gewissen Fällen wird ausschließlich die *redhibitoria actio* zugelassen (s. Schilling Inst. III. § 298. S. 415). Ist der

Verkäufer vorerst bloß wegen Eines Fehlers in Anspruch genommen worden, so kann noch weiter wegen anderer Fehler geklagt werden, mit der einzigen Beschränkung, daß der Käufer dabei keinen Profit machen, und jedenfalls nicht mehr als das Doppelte des Werthes der Sache erlangen darf (*fr. 31. § 16. D. de aed. Ed. 21, 1; fr. 48. § 7. eod.*).

III.

Nebenverträge beim Kauf.

Zu § 684] Im Cursus (§ 646) sind beiläufig mehrere beim Kauf vorkommende Nebenverträge genannt; der Kauf ist ein Vertrag, welcher überhaupt durch Nebenverträge gar vielfach modificirt werden kann. Von den Römern wurden sie entweder im Wege besonderer Stipulation eingegangen, z. B. die *stipulatio evictionis* und *propter vitia* (*stipul. simplae* und *duplae*),* oder *in continenti* dem Hauptvertrag beigefügt, z. B. die s. g. *dicta et promissa* über besondre Eigenschaften der Waare. Einzelne Nebenverträge dieser Art sind folgende.

1) Viele verschiedenartige Vorbehalte zu Gunsten des Verkäufers (*receptio, exceptio in vendendo*) werden in den Quellen bei Gelegenheit von Grundstücksverkäufen angeführt: z. B. die *exceptio s. receptio habitationis* (*fr. 13. § 30; fr. 21. § 6.* und *fr. 53. § 2. D. de act. emti 19, 1*), die *exceptio rutorum caesorum* (*fr. 17. § 6. eod.*), die *exceptio lapidicinae* (*fr. 77. D. de contr. emt. 18, 1*), die *receptio servitutis* (*fr. 10. D. commun. praedior. 8, 4*) und zwar sowohl *generalis* als *specialis* (*fr. 39. D. de act. emti 19, 1*), die *exceptio sepulcri* (*fr. 10. D. de relig. 11, 7*).

2) Die Gewährung eines Handgelds (*arrhae datio*)** ist gleichfalls als ein (vornehmlich beim Kauf vorkommender) Nebenvertrag aufzufassen. Es scheint nicht, daß diese Sitte den Römern sehr geläufig gewesen sei, denn nur von Gaius (*fr. 35. D. de contr. emt. 18, 1*), dem Provinzialjuristen, wird bemerkt, daß das Handgeld häufig sei, und außerdem wird ihrer in den Quellen selten gedacht (*Julian: fr. 11. § 6. D. de act. emti 19, 1; Scaevola: fr. 6. pr.* und *fr. 8. D. de lege commiss. 18, 3; Ulpian: fr. 5. § 15. D. de inst. act. 14, 3*). Vergl. auch *pr. J. de emt.* (*3, 23*). Die den Römern geläufige Form der *stipulatio* machte in den meisten Fällen das Handgeld überflüssig.

3) Die *in diem addictio*† ist eine bei den Römern sehr beliebte Modalität des Kaufgeschäfts gewesen; schon Mucius Scaevola und Brutus beschäftigten sich mit ihr (*fr. 13. pr. D. de in diem add. 18, 2*); vorzugsweise aber scheint die Theorie derselben von Sabinus und Julianus ausgebildet worden zu seyn. Vom Verkäufer hieß es: *fundum alicui*

---

*) s. Cursus § 684. 685. **) s. Cursus § 654. 724. †) *Addictio* ist in diesem Zusammenhange ein auffallender Ausdruck. Er schreibt sich offenbar aus alter Zeit her. Sollte er eine Reminiscenz aus der Zeit des *nexum* seyn, wo der *fur manifestus* dem Bestohlnen, der *judicatus* dem Kläger addicirt wurde, und der Schuldner sich im *nexum* gleichsam selbst addicirte? eventuell nämlich, für den Fall des Nichtzahlens, Nichtlösens; auch hier kam es auf bestimmte (kurze) Termine an (s. Excurse S. 132).

ad diem addicit, postea (*pretio adjecto* oder *meliore conditione allata*) *alii addicit* (*fr. cit.*). *In diem addictio ita fit: Ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat* (*Paul. fr. 1. eod.*). *Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaestionis est.** *Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit. Nam siquidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio afferatur, erit emtio conditionalis. Ubi igitur, secundum quod distinximus, pura venditio est, Julianus scribit, hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit* (*Ulp. fr. 2. eod.*). *Si venditor simulaverit meliorem allatam conditionem, cum minoris vel etiam tantidem alii venderet, utrique emtori in solidum erit obligatus* (*Paul. fr. 14. pr. eod.*).

4) Die *lex commissoria* scheint auch kein seltener Nebenvertrag beim Kauf gewesen zu seyn, wenigstens in der Kaiserzeit. Sie bedeutete, daß, wenn der Käufer mit der Preisleistung den bestimmten Termin nicht einhalte, der Verkäufer nicht mehr gebunden sei: *si ad diem pecunia soluta non sit, fundus inemtus sit* (*emtio resolvatur: fr. 1. 2. D. de in diem addict. 8, 3*); d. h. der Verkauf ist unter Resolutivbedingung geschlossen, deren Geltendmachung in des Verkäufers Belieben gestellt ist: *legem commissoriam, si volet, venditor exercebit, non etiam invitus* (*Ulp. fr. 3. D. eod.*). *Eleganter Papinianus scribit, statim, atque lex commissa est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere; nec posse, si commissoriam elegit, postea variare* (*fr. 4. § 2. eod.*). Der säumige Käufer verliert dabei unter Umständen auch die gewährte *arrha* (*Scaev. fr. 6. pr.; fr. 8. D. eod.*).

Mancherlei Nebenverträge kamen auch im Sklavenhandel vor: vergl. *tit. Dig. de servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur vel contra* (*18, 7*). Von einer *exceptio servi* oder *aedium* bei *hereditatis venditio* ist in *fr. 2. § 12. 14. D. de her. vend.* (*18, 4*) die Rede.

IV.

Venditio und *locatio*.**

(Gemischte Fälle.)

Zu § **680** u. **686**] Wie leicht löst sich nicht im Gebrauch und Genuß der Sache die Sache selbst auf, und wie leicht erscheint nicht der Nutzen einer geleisteten Mühwaltung wie eine direct dem Genießenden gewährte Sache, entweder reell, oder doch in der Vorstellung! Daraus ist es erklärlich, daß in der Volkssprache *venditio* und *locatio*

---

*) Vergl. Cursus § 463 sub. 1.

**) Ueber Fälle, in denen *venditio* und *locatio* verbunden vorkommen, vergl. die Pandektenvorträge und Schilling Lehrb. f. Instit. III. § 302. S. 451 (Zus. 4).

in einander übergingen. Festus *v. venditiones* erzählt, die öffentlichen Verpachtungen durch die Censoren seien ehedem *venditiones* genannt worden, „*quod velut fructus publicorum locorum venibant*"; *Hygen. de limit. const. lib. II.* sagt von den Zollpächtern: „*mancipibus ementibus, i. e. conducentibus*".

In manchen Fällen konnten auch Juristen zweifelhaft seyn, ob Kauf oder Miethe vorliege. *Adeo familiaritatem aliquam inter se habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio ... Quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acceperit, verbi gratia aureos decem, utrum emtio et venditio contrahi videatur, an locatio et conductio? Cassius ait, materiae quidem emtionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem. Sed placuit, tantum emtionem et venditionem contrahi. Quodsi suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit* (*§ 3. 4. J. de locat. et cond. 3, 24*). Diese Stelle ist aus des Gaius *Res quotidianae*, bez. Institutionen entnommen (*fr. 2. D. locati cond. 19, 2; Gai. 3, 147*). Vergl. dazu *Pomp.* und *Javol.* in *fr. 20. 65. D. de contr. emt.* (*18, 1*). — Die Folgen, welche sich daran betreffs der Klagen knüpfen, werden von *Theophil. ad Inst. III, 24. § 4* berührt.

Auch gibt es Fälle, in denen von Anfang herein ungewiß ist, ob das Geschäft die Natur einer *venditio* oder *locatio* haben werde; dann ist das Geschäft als eine alternativ bedingte *venditio* oder *locatio* anzusehen, z. B. *Si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii viginti mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emtio et venditio, an locatio et conductio contrahatur? Et magis placuit, eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emtionem et venditionem esse. Idque ex accidentibus apparet, tanquam sub conditione facta cujusque venditione an locatione: jam enim non dubitatur, quin sub conditione res veniri aut locari possint* (*Gai. 3, 146*). Vergl. dazu Schilling Bemerkgn. üb. Röm. Rechtsgeschichte (Leipz. 1829) S. 7 ff.

XXXIX. Kapitel.

Pacta praetoria und contractus innominati.

(Zu § 702–713)

Der Prätor hat im Gebiet der Contractsobligationen weniger bedeutsam eingegriffen, als in anderen Gebieten. Ganz neue und materiell selbständige Obligationsgründe schuf er überhaupt nicht, das neuere Civilrecht befriedigte durch Anerkennung zuerst der Consensual-, dann der Innominatcontracte die wichtigsten Bedürfnisse des Verkehrs. Nur für die Bewegung der Obligationen im Verkehr war der Prätor thätig durch Ausbildung der Cession und der (nothwendigen und freien)

Stellvertretung; sodann half er beim Depositum und Commodat mit einer *in factum actio*, die er der civilrechtlichen (*in jus concepta*) zur Seite stellte, nach (*Gai. 4, 47. 60*), wahrscheinlich um auch den *filiifamilias* die Möglichkeit der Klaganstellung zu verschaffen (*fr. 9. 13. D. de O. et A. 44, 7*). Vergl. Hugo Röm. Rechtsgesch. S. 648. Anm. 9. und Schilling Lehrb. f. Institut. III. § 271. Anm. *n*. (S. 254) und § 273. Anm. *p*. (S. 264). Endlich gewährte er durch Anerkennung des *constitutum* die Möglichkeit einer bequemen Umgestaltung und Sicherung bestehender Obligationen, ohne doch so weit zu gehen, daß er dem *nudum pactum* an sich obligatorische Kraft gegeben hätte: das *constitutum* ist ein relatives *pactum*. Ebenso ist das *receptum nautarum* nur die Steigerung eines Rechtsgeschäfts, welches an sich als *depositum* oder *locatio conductio* oder *mandatum* schon gelten würde (vergl. Schilling a. a. O. § 335. Anm. *e*. S. 659. 660). Auch das *receptum arbitri* enthält keinen neuen Rechtsstoff, sondern gewährt nur für einen eigentlich schon durch den Mandatsbegriff gedeckten Fall einen besonderen Rechtsschutz. Eine einfache Mandatsklage schien hier unzureichend, der Prätor führte daher ein unmittelbares Zwangsverfahren ein, ähnlich der späteren *persecutio*, wobei er mancherlei Bedingungen aufstellte; so gestaltete sich diese Unterart des Mandats zu einem prätorischen Institut, welches sich nun freilich unter den einfachen Begriff klagbarer Obligationen schwer fügen will. (Vergl. Schilling a. a. O. § 335. Anm. *i*. S. 660 u. § 341. Anm. *e*. S. 698).

Während der Prätor die Obligationen auf solche Weise stützte, schritt die einflußreicher werdende Jurisprudenz dazu fort, ergänzend einzugreifen, indem sie das System der Innominatcontracte schuf; eine Arbeit des Schaffens, die von Labeo bis Aristo andauert (vergl. Gans Ueb. Röm. Oblig.-R. S. 180—186 u. Danz Lehrb. d. Gesch. des R. R. II. S. 127). Außerdem aber erwieß sich die Jurisprudenz seit Labeo auch thätig zur Fortbildung jener prätorischen Rechtsinstitute. Labeo erweiterte das Constitut durch Anerkennung des *const. debiti alieni* (Intercession), sowie des Constituts einer noch nicht fälligen Schuld: was vielleicht für das Argentarienwesen wichtig war. Auch in Betreff des *receptum arbitri* scheint das Römische Recht dem Labeo Manches zu verdanken, was durch den offenen Blick dieses Juristen für das im großen Styl entfaltete Verkehrswesen seiner Zeit wohl erklärlich ist. Er, welcher allenthalben dieser Verkehrsströmung breiteres Bett zu machen oder die Bahn zu sichern beflissen war, mußte es sich auch angelegen seyn lassen, die Sitte des Schiedsrichtens juristisch auszubauen. Zu allen Zeiten hat der freie kaufmännische Sinn eine Neigung, sich von den beengenden Formen und Fristen des Gerichtsgangs zu emancipiren und die rasche Entscheidung in die Hand unparteiischer Berufsgenossen zu legen. Diese Umgehung des Gerichts mochte aber in den stürmischen Zeiten des 2. und 1. Jahrhunderts v. Chr., wo die Magistratsgewalten so oft ins Schwanken geriethen, besonders beliebt werden, und die Sitte, sich an einen Schiedsmann zu wenden, mochte

sich um so fester setzen, als lange Zeit hindurch, bevor der Uebergang vom Verfahren *per legitima verba* zu dem *per concepta verba* völlig entschieden war, die Stellung sowohl des Magistrats, als auch des Spruchrichters zu der Streitsache und zu den Parteien problematisch war. Ueberhaupt mochte bei der Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens und dem oft nahe liegenden Wunsche der Geschäftsleute, ihre Geschäftsgeheimnisse (*intima et secreta negotii*) vor der Oeffentlichkeit zu bewahren, das Bedürfniß solcher Privatschiedsmänner besonders dringend seyn (*fr. 3. § 1. D. de recept. 4, 8*). —

Die Zeit der Republik begnügte sich mit vier Consensualcontracten (neben den Systemen der Formal- und Realcontracte). Der Grund solcher Auszeichnung einiger Vertragsarten mag ein doppelter gewesen seyn. 1) Es waren solche Verträge, die besonders häufig im gemeinen Verkehr vorkommend ein so festes und Allen geläufiges Gepräge trugen, daß Wille und Verständniß der Parteien bei ihnen so wenig, wie bei der Stipulation, problematisch seyn konnte; 2) es waren solche Verträge, welche häufig nicht zur sofortigen Erfüllung gelangten, sondern Quelle wirksamer, erst künftig zu erfüllender Obligationen wurden. Täusche pflegen sofort Zug um Zug erfüllt zu werden, Käufe aber formen sich im ausgebildeten Rechtsverkehr gern zu Liefergeschäften und Creditkäufen.

Beide Umstände nun trafen, außer den vier Fällen der Consensualcontracte, selten zusammen, und darum brachte es der Römische Rechtssinn hier verhältnißmäßig spät, und überhaupt nie völlig, zu dem Gedanken frei und formlos entstehender, wechselseitig verpflichtender Obligationen. Es scheint, daß der Versuch, das Gebiet des Rechtsschutzes an dieser Stelle des Systems zu erweitern, von zwei verschiedenen Standpunkten ausging. 1) Der eine war der der Sabinianer: man versuchte, andere Fälle unter die Kategorie eines der anerkannten Consensualcontracte zu bringen; diesen Versuch machte Sabinus mit dem Tausch, den er als Kauf angesehen wissen wollte (*fr. 1. § 1. D. de contr. emt. 18, 1*). Allein die Sabinianer (auch Cassius nicht) drangen nicht durch; glücklicher war Labeo, welcher den Anstoß zur Bildung einer neuen selbständigen Classe von Contracten gab (*fr. 1. 19. 20. D. de praescr. verb. 19, 5*). 2) Die Idee der Proculianer war, alle auf gegenseitige Leistung abzweckenden Verträge für den Theil verbindlich zu machen, welcher die Leistung des andern Theils angenommen hat, m. a. W. die auf Grund eines Vertragsschlusses erfolgende Vorleistung schaffe einen Rechtsgrund für die entsprechende Gegenleistung.

Bemerkenswerth ist außerdem in dieser Entwicklung, daß der **Tausch**, der doch ein Bruder des Kaufs, oder richtiger der Vater desselben genannt werden könnte, den Schutz des Civilrechts erst so spät empfing. Dieser Umstand beweist auf's Klarste, daß das System der Consensualcontracte verhältnißmäßig jungen Datums ist: denn, wäre sein Ursprung alt, so würde gewiß der Tausch zu ihnen gehören. Nur wenn jenes System verhältnißmäßig spät entstand, nämlich in der Zeit

der Geldwirthschaft, wo der Tausch bereits in den Hintergrund getreten war, ist jener Umstand recht erklärlich. In der Zeit der Geldwirthschaft waren es die Geschäfte mit Geldvergütung (außer Societät und Mandat), welche die Hauptrolle im Verkehr spielten: für diese mußte jene Theorie sich bilden, und daß sie zunächst allein für diese sich bildete, entspricht ganz der sparsamen Oekonomie des Römischen Rechtssinns.

Neben dem *constitutum* wird auch des *receptum argentarii* gedacht, das immer zu den räthselhaften Erscheinungen der Römischen Rechtsgeschichte gerechnet wurde, und noch neuerdings manche eigenthümliche Deutung erfahren hat (s. z. B. Girtanner d. Stipulation. 1859. S. 171). In *fr. 6. § 3. D. de edendo (2, 13)* erwähnt Labeo bei seiner Beschreibung des Inhalts eines *codex rationum*, dessen Vorlegung zu den öffentlichen Pflichten eines *argentarius* gehörte, auch das, *quod solvi constituit argentarius*. Diese Erwähnung des *constitutum* im Argentariengeschäft muß ebenso auffallen, wie die Nichterwähnung des *receptum argentarii* an dieser Stelle; es liegt daher nahe, an eine Interpolation zu denken, da Justinian das *receptum argentarii* aufhob und zwar im *constitutum debiti* untergehen ließ (s. Glück Comment. Thl. XIII. S. 366). Vielleicht ist das *debitum in se recipere* (in *fr. 4. § 2. D. de manumiss. 40, 1: Ulp.*)* von einem *servus argentariam exercens* gesagt (*cf. fr. 4. § 3; fr. 9. § 1. 4. D. eod.*). Bei Cicero treffen wir das Wort (*in se*) *recipere* im Sinn von: auf sich nehmen, gewöhnlich mit *promittere* oder *spondere* verbunden an (*Philipp. 5, 18; ad famil. 13, 10. 17*), was auf solenne Form schließen läßt; offenbar versteht auch Cicero (*ad Att. 13, 1; ad famil. 6, 12*) das *receptum* als eine Steigerung der *pollicitatio*, und Justinian (*l. 2. in. C. de const. pec. 4, 18*) bestätigt ausdrücklich, daß es *solennibus verbis compositum* gewesen sei.

Es ist zweifelhaft, ob die Klage aus diesem Recept (*actio recepticia*) eine alte civile oder prätorische war: Bruns (i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. I. S. 86) vermuthet mit Recht das Erstere wegen der Perpetuität der Klage, sowie wegen des Formalkarakters und der Solennität des Vertragsschlusses. Man streitet übrigens darüber, ob diese Solennität eine mündliche (so von der Pfordten Abhandl. aus dem Pandektenrecht S. 258. 291) oder schriftliche (so Mühlenbruch Lehrb. d. Institut. § 212) gewesen; Schilling (Lehrb. f. Instit. III. § 338. S. 679) und Bruns (a. a. O. S. 86) erklären die Frage für unentscheidbar; mir ist es wahrscheinlich, daß die Solennität in einem einseitigen Formulirungsacte des *argentarius* bestand, welcher in Gegenwart des Gläubigers mündlich geschah, in dessen Abwesenheit aber schriftlich (d. h. durch Eintragung der solennen Worte in den Codex) geschehen konnte, so daß sie ersternfalls der *dotis dictio*, andernfalls der *expensi-*

---

*) Vergl. auch Ulpian in *fr. 5. § 3. D. commod.* (13, 6): *aestimationem se praestaturum recepit*. Andere Anwendungen desselben Wortes s. in *fr. 49. pr.* und *fr. 53. D. de act. emti* (19, 1).

latio glich, denn Consens des andern Theils mußte stattfinden. Vielleicht haben wir in der von Scaevola besprochenen schriftlichen Erklärung: *Decem, quae L. Titius ex arca tua mutua acceperat, habes penes me!* eine Reminiscenz an die *verba recepti* (*fr. 26. D. de pec. const. 13,5;* vergl. dazu Bruns a.a O. S. 98); den Verpflichtungsschluß könnten dann etwa die Worte gebildet haben: *spondeo in meque recipio, me soluturum ea esse.* Vielleicht auch haben wir in diesem Acte geradezu eine argentarische Anwendung der *transscriptio a persona in personam* vor uns, welche bekanntlich auf Römische Bürger beschränkt blieb. Ob dieses *receptum* bloß eine Uebernahme fremder Verpflichtungen (analog dem *constitutum debiti alieni*) war, oder auch als Bestärkung eigner Schulden oder gar als Begründung ganz neuer Schulden vorkam, bleibe dahingestellt: für wahrscheinlich halte ich diese weitere Anwendung keineswegs. Nicht übel haben Goldschmidt (Handbuch d. Handelsrechts 1864. S. 263) und Ihering (Geist d. R. R. III. S. 208) das Recept mit dem Accept einer Tratte verglichen.

Nach Justinian's Andeutungen müssen sich die Römischen Juristen und Kaiser viel mit der *actio recepticia* befaßt haben, so daß anzunehmen ist, sie habe lange Zeit eine wichtige Rolle im Verkehr gespielt. Dies entspricht auch der Bedeutung, welche das Argentariengewerbe überhaupt in der Kaiserzeit hatte, wie wir namentlich aus dem *Tit. D. de edendo* (*2, 13*) ersehen. Zu der strengeren Behandlung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs der *argentarii** gehörte die Verpflichtung zur Vorlegung ihrer *codices rationum,* und eben dahin mag die von Justinian angedeutete ehemalige Bestimmung gehören, daß das *receptum* den *argentarius* ohne alle Rücksicht auf Art und Existenz eines materiellen Schuldgrundes band, eine Bestimmung, welche wichtig war namentlich beim Uebergange der *mensa argentaria* auf Geschäftsfolger (*arg. fr. 9. § 1. D. de edendo 2, 13*).

Bruns (a. a. O. S. 86) schließt seine Besprechung des *receptum argentarii* mit folgenden Worten: „Aus alledіesem ergibt sich, daß die Aehnlichkeit der *actio recepticia* mit der *constitutoria* keineswegs so groß war, wie man nach der Darstellung bei Theophilus (IV. 6. § 8) annehmen sollte. Offenbar ist die Aehnlichkeit erst in der späteren Zeit, und zwar namentlich auf dem Boden des *receptum* und *constitutum debiti alieni* eingetreten. Ob von Seiten des *receptum* eine Annäherung durch Nachlaß des Formalkarakters eintrat, wissen wir nicht; von Seiten des Constituts geschah sie höchst wahrscheinlich dadurch, daß beim Constitute fremder Schulden die Zahlungszeit allmählich zur Nebensache wurde ... Damit war allerdings das *constitutum* der Sache nach zu einem bloßen *receptum* gemacht, und der materielle Gehalt beider Klagen ganz identificirt. Von diesem Standpunkte aus ist dann die Darstellung von Theophilus geschrieben."

*) s. Cursus § 671.

XL. Kapitel.

Delictsobligationen.

(Zu § 714-721)

I.

Das System der Delictsklagen.

A. Im ausgebildeten Recht der Römer treffen wir eine große Anzahl privatrechtlich ausgeprägter Delicte an (vergl. z B. die Uebersicht bei Böcking Röm. Privatrecht. 2. Ausg. Bonn 1862. S. 312—4 und Vering Institut. S. 285—7), allein in der ältesten Zeit muß der privatrechtliche Delictsbegriff auf seine allgemeinsten und schlechthin wesentlichen Merkmale beschränkt gewesen seyn. Jedem privatrechtlichen Delict liegt *injuria* zu Grunde, auch das *furtum* gehört unter *injuria* im weitesten Sinn. Aber sobald die Rechtsanschauung den Vermögenskreis innerlich abzulösen beginnt von der unmittelbaren leiblichen Persönlichkeit, muß sich das *furtum* als ein selbständiger Delictsbegriff absondern von der *injuria*, unter welcher nun ausschließlich ein direct gegen die Persönlichkeit als solche gerichteter Angriff verstanden ward. *Injuria* und *furtum* stehen seitdem neben einander, jedes als Anfangspunkt einer Entwicklungsreihe feinerer Kriterien, und da auf der Stufe naiven Volksthums nur die Absichtlichkeit die Reaction des öffentlichen Rechtsbewußtseyns herausfordert, so schränkt sich der Bereich jener beiden Delictsbegriffe von vornherein auf absichtliche Vergehung, doloses Verschulden ein. Dies scheint die Grundbedeutung des Wortes *fraus* gewesen zu seyn, wie sie in dem Satze der XII Tafeln: *si plus minusve secuerit, sine fraude esto!** enthalten ist und noch in der Bemerkung Ulpian's (*fr. 131. pr. D. de V. S.*), daß *fraus* und *poena* correspondente Begriffe seien, durchblickt.

Die natürliche *fraus* ist immer eine Gewinnsucht; Verletzungen, die nicht durch Gewinnsucht bedingt sind, werden verhältnißmäßig spät zu privatrechtlichen Kategorien werden. Der Injuriant sucht geistigen, der Dieb materiellen Gewinn. Jede Beleidigung eines Andern ist eine Selbstüberhebung auf Kosten desselben und wird im Augenblick der That als eine Genugthuung, als eine Eroberung empfunden: insofern bildet der *animus injuriandi* wirklich ein Seitenstück des *animus lucrandi*. Wer öffentlich einen Mitbürger beschimpft, ist wie ein Räuber an der Ehre des Beschimpften, er nimmt ihm etwas, was nur schwer wieder zu ersetzen ist, ja er kann ihm einen unvertilgbaren Makel anhängen: darum die schwere Strafe, welche in den XII Tafeln auf öffentliche Beschimpfung eines Bürgers gesetzt war (Geißelung).

Neben den aus Gewinnsucht entspringenden Delicten tauchen dann auf die Oberfläche des Rechtsbewußtseyns auch Verschuldungen ohne

*) s. Excurse S. 113.

diesen Karakter empor. Diese neue Kategorie von sonstigen dolosen und bez. culposen Handlungen ist zuerst wohl in der *lex Aquilia* grundsätzlich anerkannt. Auch das problematische 2. Kapitel dieses Gesetzes ist nur in solchem Zusammenhange zu verstehen. Wenn ein Adstipulator* die Forderung, d. h. den erhobenen Betrag derselben, unterschlug, so lag eine dem *furtum* gleichartige That vor, aber der Adstipulator, welcher treulos auf Kosten des *stipulator* den Schuldner liberirte (wobei kein *animus lucrandi* obwaltete), gehörte in das Gebiet der *lex Aquilia.*

Man hat vordem die wundersamsten Hypothesen über den Inhalt dieses 2. Kapitels der *lex Aquilia* aufgestellt, so lange der ächte Gaius nicht aufgefunden war, und man hat, nachdem er aufgefunden ist, nicht recht begreifen wollen, was die Treulosigkeit des *adstipulator* in solchem Zusammenhange juristisch zu bedeuten habe. Noch Rudorff (Röm. Rechtsgesch. I. § 41) hat eine kaum anders als künstlich zu nennende Deutung aufgestellt. Auf dem richtigen Wege scheint mir nur Huschke (Gaius. Eine Critik. S. 109 ff.) zu seyn. Das Gesetz wollte offenbar ein allgemeines Schädengesetz betreffs der nicht auf Gewinnsucht beruhenden Verletzungen seyn: es durfte sich daher nicht auf Sachen beschränken, sondern mußte die Forderungsrechte, ein seit der *lex Poetelia* gewissermaßen neu entdecktes Gebiet, insoweit auch auf solchem ein *damnum injuriae* denkbar ist, mit berühren. Wie aber ist ein solches *damnum* hier denkbar? es ist denkbar im Fall einer Correalforderung, bei welcher der eine Gläubiger der Hauptstipulator, der andere nur *adstipulator* ist. Den Fall treuloser Acceptilation mit einer Strafsanction zu belegen, mußte um so näher liegen, da bei gewerbsmäßigen Adstipulatoren Collusion mit dem Schuldner leicht als eine vortheilhafte Speculation erscheinen konnte, ohne daß dem Adstipulator ein pecuniärer Gewinn direct nachzuweisen war. Das Gesetz ist demnach so weit entfernt, eine s.g. *lex satura,* d.h. ein Allerlei-Gesetz, zu seyn, daß es vielmehr ein lückenhaftes Gesetz zu nennen wäre ohne jene Bestimmung des 2. Kapitels.

B. Wie der Delictsbegriff, so hat auch der Strafbegriff seine Geschichte. Nicht nur, daß anfangs der Blick auf die erzürnte Gottheit, welche eine Sühne heischt, dann aber der Blick auf den beleidigten, gekränkten, verletzten Menschen, dem Genugthuung werden muß, die vornehmste Rücksicht bildet, sondern auch in Betreff der Mittel der Strafverbüßung vollzieht sich eine interessante Wandlung. Zuerst herrscht immer der Gedanke, daß der Schuldige, *qui fraudem, noxam commisit,* sich selbst, sein Leben, seine Freiheit verwirkt habe. Dieser Gedanke ist der einfachste und darum nächstliegende; man hält sich an den Quell der verletzenden That, an die Person des Schuldigen, an diese Person im Ganzen und ohne Umstände; man hält sich an die leibliche Person, denn am Sinnlichen haftet der Rechtssinn in ältester Zeit.

*) s. Cursus § 660.

So haftet denn auch ganz natürlicher Weise das Verbrechen mit seinen Rechtsfolgen am Thäter, die rechtliche Reaction erfaßt den Schuldigen selbst, wie sie auch das Thier oder die leblose Sache, welche eine Vermögensbeschädigung Dritter verursacht haben, erfaßt und in Anspruch nimmt. Aber die rechtliche Reaction beschränkt sich auch zunächst hierauf. *Cum animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multa magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare* (*Ulp. fr. 7. § 1. D. de damn. inf. 39, 2*)* — *Si jussu domini servus injuriam fecerit, et proponatur servus manumissus: placet Labeoni, dandam in eum actionem, quia et noxa caput sequitur* (*fr. 17. § 7. D. de injur. 47, 10*) — XII Tafeln: *si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto!* Wir sehen, wie in den Fällen, da eine leblose Sache, ein Thier, ein Sklave Verletzungen bewirkt hat, die rechtliche Reaction sich zunächst unmittelbar gegen diese Sache, dieses Thier, diesen Sklaven richtet.** Die *actio noxalis* aber ist, wie das in *fr. 17. cit.* direct angedeutet liegt, eine verdeckte Delictsklage, und dem entsprechend trifft der alte Grundsatz: *noxa caput sequitur,* eigentlich auch die Delicte freier und selbständiger Menschen: der Thäter hat mit seinem Körper einzutreten, an seiner Person haftet sein Delict. Darum verfällt der ertappte Dieb dem Bestohlnen, muß der öffentliche Schmäher Geißelung erfahren, der *membri ruptor* Talion gewärtigen. Es ist eine Milderung und ein Schritt zum Künstlichen, wenn Ablösung d. i. Sühnung durch Bußgeld, Strafe durch Geldleistung an den Verletzten vorgesehen und gewährleistet wird. Die Genugthuung muß sich hier mit einem Surrogat begnügen.† Jener Satz der XII Tafeln zeigt uns den Uebergang in dieses neue System von Rechtsanschauungen; ob schon fertig, oder nur in dem Sinn, daß es eine Mahnung an den Verletzten sei, sich freiwillig im Wege Vertrags zur Annahme eines Surrogats zu verstehen? das kann noch gefragt werden. Allmählich aber nehmen sämmtliche Privatdelicte diese Wendung, und die Ueberlassung des schuldigen Menschen oder Thiers bleibt nur noch in der besonderen Anwendung bei *noxae datio* bestehen, wo sie als eine negative Resolutivbedingung der Entschädigungspflicht erscheint. Die reinen Delictsklagen gehen nun schlechthin auf eine Geldsumme.

II.

Besondere *actiones furto cohaerentes.*

Zu § **714**] Die älteren Juristen Rom's zählten mehrere Arten des *furtum* auf, erst Labeo machte darauf aufmerksam, daß es bei einigen derselben sich nur um Unterschiede der Klage handle. Gaius (*3, 183 —194*) gibt eine ziemlich ausführliche Darstellung, die aber nicht in allen Punkten ganz klar ist. Schon unter den *Veteres* wurden feinere Rechtsfragen betreffs des *furtum* ventilirt (*fr. 21. pr.; fr. 66. § 2; fr. 76.*

*) s. Cursus § 738. **) s. oben Excurse S. 455. †) s. Cursus § 717.

§ 1. D. de furt. 47, 2), auch in den Anfängen der Kaiserzeit ward viel über den Begriff des *furtum* verhandelt, und namentlich scheint derselbe ein Gegenstand des Streits zwischen Labeo und Sabinus gewesen zu seyn. Labeo, welchem auch die Theorie der Injurien viel verdankt (*furtum-injuria: cf.* z. B. *fr. 21. § 7. eod.*), strebte offenbar nach festerer Begrenzung des Begriffs des *furtum:* er war es wohl, welcher gegenüber dem Sabinus den Gedanken eines *furtum fundi* bekämpfte (*fr. 25. § 1. eod.:* woraus vielleicht auch geschlossen werden mag, daß erst durch Celsus das *furtum possessionis* festgestellt wurde, gleichsam zur Ergänzung der Lücke, die durch Beschränkung des *furtum rei* auf Mobilien entstand). Sabinus vertrat den laxeren Begriff, womit seine Ableitung des Wortes *furtum* von *fraus** (*fr. 1. pr. eod.*) zusammenhängen dürfte; er behandelte das *furtum* sowohl im 2. Buche seines *jus civile,* als auch in seinem *liber singularis de furto* (*Gell. N. A. 11, 18*).

Von größter Wichtigkeit war aus ältester Zeit der Unterschied des *furtum manifestum* und *nec manifestum.* Es muß auffallen, daß nach dem äußern Moment des Ertapptwerdens die Strafe, d. h. die Strafbarkeit abgemessen wurde, allein es ist zu vermuthen, daß dieses Moment die Bedeutung eines Symptoms hatte und den Gedanken enthielt, ein Dieb, der sich der Gefahr des Ertapptwerdens aussetzt, sei besonders frech verfahren und darum besonders gefährlich (*furis manifesti intoleranda audacia: Gell. 20, 1*) und strafwürdig; m. a. W. das *furtum manifestum* sei dem Raub verwandt und bez. mit ihm identisch. Vielleicht lebt in diesem Unterschied auch jener den alten Aegyptern und Lakedaemoniern geläufige Gedanke, daß ein gelungener Diebstahl, als Bewährung einer List (und vielleicht auch als Beweis gegentheiliger Unachtsamkeit), Straflosigkeit verdiene (s. *Gell. 11, 18*). Sabinus definirt das *furtum manifestum* so: *quod deprehenditur, dum fit; faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat* (*Gell. l. c.*). Ulpian definirt in seinem Sabinuscommentar: *fur est manifestus, qui deprehenditur cum furto; et parvi refert, a quo deprehendatur, utrum ab eo, cujus res fuit, an ab alio. Sed utrum ita demum fur sit manifestus, si in faciendo deprehendatur, an vero, et si alicubi fuerit deprehensus? Et magis est (ut et Julianus scripsit), et si non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, attamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit apprehensus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat. — Sive igitur in publico, sive in privato deprehendatur, antequam ad locum destinatum rem perferret, in ea causa est, ut fur manifestus sit, si cum re furtiva deprehendatur; et ita Cassius scripsit; sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur* (*fr. 3. 5. D. de furt. 47, 2*). Paulus definirt: *Manifestus fur est, qui in faciendo deprehensus est, et qui intra terminos ejus loci, unde quid sustulerat, deprehensus est, vel antequam ad eum locum, quo destinaverat, perveniret* (*Sent. rec. II, 31. § 2; fr. 4. D. eod.*).

---

*) Vergl. oben Excurse S. 498.

Die XII Tafeln hatten den *fur manifestus* mit Geißelung und Ueberlieferung an den Bestohlnen, den *nec manifestus* mit Geldstrafe im Betrag des doppelten Sachwerths bedroht, und dem *furtum manifestum* das *furtum lance et licio quaesitum* gleichgestellt. Aus Gaius (*3, 186—194*) ist nicht genau ersichtlich, wie dieses letztgenannte *furtum* sich zu dem s. g. *furtum conceptum* und *prohibitum* verhielt, sowie auch schon unter den späteren Römern selbst der für jene Haussuchung vorgeschriebene Ritus unverständlich geworden war. Es ist fraglich, ob das *licium* (*linteum*) ein Leibgurt oder eine Kopfbinde war, und aus welchem Grunde der Suchende mit beiden Händen eine Schale halten mußte. Schon Gaius war darüber ganz im Unklaren; er deutet an, daß jenes eine Verletzung der Schamhaftigkeit, dieses eine Unterschiebung von Sachen verhüten sollte. Bei *Plato de leg.* (*in Ed. Bip. IX. p. 202*) heißt es: *Si quis in domo alterius quaerere quidpiam tanquam suum velit, is nudus et licio cinctus, cetera discinctus justosque per Deos ante jurans, se inveniendi spe id facere, ita demum requirito!* Wir sehen daraus, daß die *solennitas* (*cf. Aristoph. Nubes I, 6. v. 497—9*) sacraler Natur (Priesterbinde und Opferschale?) war, und dürfen danach die Vermuthung wagen, daß sie vom Suchenden als *ultima ratio* gewählt wurde, wenn der Gegner sich der (einfachen) Haussuchung widersetzte und sein Widerwille gebrochen werden sollte. Später als die Kraft des Ritus erlosch, mußte der Widersetzungsact selbst bestraft werden, und so trat vielleicht an die Stelle des *furtum lance et licio quaesitum* der Begriff des *furtum prohibitum*, und da jenes ältere dem *furtum manifestum* gleichgalt, die edictsmäßige *poena quadrupli adversus eum, qui quaerere volentem prohibuerit* (*Gai. 3, 192*). Jener Ritus hinge also geschichtlich mit dem *furtum prohibitum*, nicht aber (wie *Gellius 11, 18* anzunehmen scheint) mit dem *furtum conceptum* zusammen. Auch dieses letztere soll schon in den XII Tafeln vorgesehen worden seyn, es galt aber nicht dem *furtum manifestum* gleich, sondern nur als eine ausgezeichnete Spielart des *furtum nec manifestum*, daher die *poena pecuniaria* (*tripli*) vorgeschrieben war. Dieser Strafe verfiel nämlich, wer die gesuchte Sache verleugnete und dann infolge Haussuchung der Unwahrheit überführt ward, gleichviel ob er der Dieb selbst oder nur Hehler war; die Haussuchung geschah unter Zuziehung von Zeugen (*Gai. 3, 186. 191; 4, 173*). Endlich trafen die XII Tafeln einen vierten Fall: Wem von einem Anderen böswillig eine gestohlene Sache zugeschoben wurde, so daß er durch nachherige Entdeckung der Sache in Verdacht gerieth, der hatte gegen den Schuldigen die *actio furti oblati* auf *poena tripli* (*Gai. 3, 187*): es war für ihn eine Regreßklage, wenn er selbst der *actio furti concepti* erlegen war (*Paul. II, 31. § 5*).

Vergl. v. Keller Grundriß zu Vorles. üb. Institut. (Berl. 1854—8) S. 139—141. Grimm Deut. Rechtsalterth. S. 640 ff. u. i. d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. II. (Poesie im Recht) S. 91 ff. v. Vangerow *De furto concepto ex lege XII tab.* (Heidelb. 1844).

Im nachclassischen Recht traten diese besonderen Klagen allmäh-

lich in den Hintergrund, dem Justinianischen Recht sind sie fremd; nach demselben trifft jeden wissentlichen Hehler gestohlnen Gutes die einfache Strafe des *furtum nec manifestum* (*§ 4. J. de oblig. quae ex del. 4, 1*). Von Justinian wird unter den veralteten Klagen auch eine *actio furti non exhibiti* aufgeführt, welche aus dem prätorischen Edict entsprungen sei (*§ 4. J. cit.*). Theophilus (*ad h. l.*) versteht darunter die Vorenthaltung einer entdeckten (gestohlnen) Sache; sollte aber *exhibere* ein Restituiren ausdrücken? *Exhibere* bedeutete in der Rechtssprache: *materiae ipsius apprehendendae copiam facere*, oder *videndi tangendique facultatem praebere* (*fr. 3. § 8. D. de tab. exhib. 43, 5; fr. 3. § 8. D. de hom. exh. 43, 29*); es liegt daher näher, anzunehmen, daß der Begriff des *furtum non exhibitum* eine Ergänzung des *furtum prohibitum*, welches gleichfalls aus dem Edict abgeleitet ward, bildete: wagte der Suchende nicht, Haussuchung vor Zeugen zu verlangen, — war er seiner Sache minder gewiß, so forderte er den Verdächtigen auf, die fragliche Sache vorzuzeigen, um deren Identität festzustellen: Weigerung dessen war mit *poena furti* bestraft. Weitere Nachrichten über diese Klage fehlen in den Quellen. — Nur in Einer Anwendung finden wir noch im Justinianischen Recht eine unmittelbare Reminiscenz an jenes *furtum prohibitum:* in Anwendung auf *servi fugitivi*, mit deren Aufspürung Senatsconsulte und Gesetze sich beschäftigten. *Senatusconsultum aditum dedit militi vel pagano ad investigandum fugitivum in praedia Senatorum vel paganorum. Cui rei etiam lex Fabia* prospexerat, et Sctum Modesto Consule factum: ut fugitivos inquirere volentibus literae ad magistratus dentur: multa enim centum solidorum in magistratus statuta, si, literis acceptis, inquirentes non adjuvent. Sed et in eum, qui quaeri apud se prohibuit, eadem poena statuta. Est etiam generalis Epistola Divorum Marci et Commodi, qua declaratur, et Praesides et magistratus et milites stationarios dominum adjuvare debere in inquirendis fugitivis, et ut inventos redderent et ut hi, apud quos delitescant, puniantur, si crimine contingantur* (*Ulp. fr. 1. § 2. de fugitivis 11, 4*). *Divus Pius rescripsit, eum, qui fugitivum vult requirere in praediis alienis, posse adire Praesidem, literas ei daturum, et si ita res exegerit, apparitorem quoque, ut ei permittatur ingredi et inquirere, et poenam eundem Praesidem in eum constituere, qui inquiri non permiserit. Sed et D. Marcus oratione, quam in Senatu recitavit, facultatem dedit ingrediendi tam Caesaris quam Senatorum et paganorum praedia volentibus fugitivos inquirere, scrutarique cubilia atque vestigia occultantium* (*Ulp. fr. 3. eod.*). Auch bei der Aufspürung von Sklaven scheint es noch vorgekommen zu seyn, daß man Zeugen zuzog (*fr. 58. § 2. D. de aed. Ed. 21, 1*).

Uebrigens machte sich, während jene alterthümlichen Klagen veralteten, und im Wesentlichen nur die einfache *actio furti* und *condictio furtiva* bestehen blieben, immer mehr das eigentlich criminalistische Princip geltend, d. h. es wurde im Interesse der öffentlichen Sicherheit

*) Unter Domitianus (um 90 p. Chr.)? s. *Plin. Ep.* 1, 5 (Mommsen Ausg. der Digesten *ad h. l.*).

ein strafrechtliches Verfahren angeordnet. 1) Einzelne eigenthümlich geartete Fälle, z. B. das *crimen expilatae hereditatis, sepulcri violati, effracturae* (*fr. 3. D. de off. praef. vig. 1, 15*), das *furtum balnearium* wurden unter amtliche Cognition gestellt und *extra ordinem* untersucht. 2) Auch die gewöhnlichen Diebstahlsfälle wurden immer häufiger im Wege öffentlicher Anklage (*accusatio*) verfolgt, obschon dem Bestohlnen die Wahl blieb, statt dessen zur *civilis actio* zu greifen (*Ulp. fr. 92. D. de furt. 47, 2*). Vergl. Rein Röm. Criminalrecht S. 316ff. Rudorff Röm. Rechtsgesch. II. § 106. 122.

XLI. Kapitel.

Legalobligationen.

(Zu § 722–739)

Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet.

Zu § 722] Man hat früher den Satz von der Bereicherung auf fremde Kosten ohne Weiteres als ein Rechtsprincip hingenommen; dann hat man diesen Satz wegen seiner principlosen Allgemeinheit getadelt und die Quellenaussprüche einschränken zu müssen gemeint (s. Windscheid Pandektenrecht II. 2. § 421. Anm. 1). Beides ist unrichtig. Pomponius, von welchem jener Satz aufgestellt ist (*fr. 14. D. de cond. ind. 12, 6; fr. 6. § 2. D. de jure dot. 23, 3* und *fr. 206. D. de R. J.*), hat ihn mit der entscheidenden Einschränkung: *cum detrimento et injuria*, aufgestellt; offenbar besagt dies nichts Anderes, als was sonst mit den Worten: *sine justa causa,* ausgedrückt ist.

Der bezeichnete Satz enthält ein Rechtsprincip, aber nicht ein dem *jus civile* oder *honorarium,* sondern dem *jus naturale* angehöriges. Das System der *condictiones sine causa* ist der erste Stoff des *jus naturale,* welcher zur Anerkennung gelangte. Als Satz des *jus naturale* steht er bei Paulus (*fr. 15. pr. D. de cond. ind. 12, 6*) und bei Pomponius (*fr. 14. eod.; fr. 206. D. de R. J.*); Marcian (in *fr. 25. D. de act. rer. am. 25, 2*) nennt das *jus gentium* nicht für die *condictio sine causa,* sondern für die *condictio furtiva* und *actio rerum amotarum.* Dagegen nennt Tryphonin (in *fr. 64. D. de cond. ind. 12, 6*) ausdrücklich das *jus naturale* für die *condictio indebiti,* und Papinian's Ausspruch in *fr. 66. D. eod.* steht dem nicht entgegen.

Es ist bemerkenswerth, daß der Anfang des Systems der *condictiones sine causa* schon bei den *Veteres* liegt (*fr. 8. D. de cond. causa data 12, 4; fr. 6. D. de cond. ob turp. c. 12, 5*); namentlich aber scheinen es Labeo (*fr. 4. § 3. D. eod.*) und Juventius Celsus (*fr. 4. § 2; fr. 6. eod.; fr. 6. 26. § 13. D. de cond. ind. 12, 6*), zuletzt Julian gewesen zu seyn, welche sich um die junge Lehre verdient machten. Ueber die s. g. *condictio Juventiana* s. *fr. 32. D. de reb. cred.* (*12, 1*), über die *condictio pecuniae quasi mutuae* s. *fr. 12. eod.* und über den Fall einer *con-*

dictio mutui aus einem stellvertretenden Darlehn s. *fr. 9. § 8. D. eod.* Alle diese Fälle gehören derselben freieren Erwägung an, aus welcher auch das System der *condictiones sine causa* hervorging.

Dritter Abschnitt.

Die Vermögensgewalt.

Erster Titel.

Die Potestas.

XLII. Kapitel.

(Zu § 740–749)

I.

Die *patria potestas.*

Zu § **742. 743**] A. Die Lehre von der *patria potestas* bildet im Cursus einen Unterabschnitt in dem Stück, welches mit dem bisher nicht gewöhnlichen Ausdruck „Vermögensgewalt“ überschrieben ist. Hierüber habe ich zuvörderst Rechenschaft zu geben. Das Wort „Gewalt“ ist die gewöhnliche Uebersetzung von *potestas;* auch die *manus,* die doch nichts weiter als eine Spielart der *potestas* ist, kann mit demselben Wort wiedergegeben werden (eheherrliche Gewalt). Das Wort klingt an die Idee der Staatsgewalt an, im Gebiete der publicistischen Herrschaftsverhältnisse ist ja das Wort „Gewalt“ recht eigentlich im Gebrauch; und an diese Gewalt soll jene privatrechtliche Gewalt erinnern: in der Familiengewalt liegt ein der Staatsgewalt ganz verwandtes Moment.

Zweierlei Bedenken könnten gegen jenes Wort und dessen Gebrauch hier erhoben werden: 1) In der *patria potestas* und ihren Nachbildungen (*manus, mancipii causa*) ist auch ein personales Element enthalten, welches in dem Worte „Vermögensgewalt“ nicht angedeutet ist; es scheint daher, daß ein anderes Wort sich besser empföhle: Hausgewalt, wozu jene Ulpian'sche Definition stimmt: *paterfamilias est, qui in domo dominium habet* (*fr. 195. § 2. D. de V. S.*). Allein dieses personale Element ist nicht rein privatrechtlicher Natur, vielmehr liegt darin neben der Idee sinnlichen Macht-, d. h. dinglichen Rechtsverhältnisses zugleich die Idee eines obrigkeitlichen Amtes und disciplinaren Respectverhältnisses; nur die erstere Idee gehört dem Bereich des Privatrechts an, die andere ist publicistischer Natur und darf also im

System des Privatrechts nicht hervortreten. Dazu ist zu berücksichtigen, daß dieses personale Element mehr und mehr geschwächt wurde und in der Zeit der classischen Jurisprudenz, welche doch in dem System des Cursus reflectirt wird, fast ganz hinter dem ökonomischen Machtverhältniß zurücktritt. Die ökonomische Seite ist die kräftigere Seite, die weit entfernt, im Princip aufgegeben zu werden, vielmehr juristisch durchgebildet und verfeinert wurde; erst am *peculium profecticium* sieht man recht deutlich, wie die Stellung des *paterfamilias* zu seinem *filiusfamilias* im Grunde die Gewalt über die Vermögenssphäre einer Person ist.

2) Es könnte ferner gegen das aufgestellte System der Vermögensgewalt eingewendet werden, daß unter diesem Gesichtspunkt auch das auf *coëmtio fiduciaria* beruhende Verhältniß, das Concubinat, die *auctoramenti causa* und *ab hostibus redemtio* dargestellt worden sind (s. Cursus § 792—795. 799. 800), die doch keine eigentliche Vermögensgewalt enthalten. Indeß alle diese Gebilde sind Erfindungen der Zeit des nationalen Verfalls und tragen den Karakter des Krankhaften und Anomalen an sich; sie können daher in einem System nur als Anhängsel der Rechtsgebilde, deren Zerrbilder sie sind, erwähnt werden.

Gegen die Einreihung des Patronats unter die Vermögensgewalten wird man nichts einwenden, wenn man erwägt, daß das gesetzliche Erbrecht aus dem Patronat ein *jus in bonis liberti*, theilweise durch die *bonorum possessio contra tabulas liberti** gesichert und im Wege der *assignatio liberti* disponibel war; das *jus operarum* setzte zwar eine *jurata promissio* voraus, und deren besondere Wirkungen erstreckten sich nicht auf gewöhnliche Vermögensleistungen, so daß mehr ein personales, als ökonomisches Element daran sichtbar wird: allein was promittirt wurde, lag eigentlich schon in der natürlichen Pflicht des Freigelassenen, und ganz fremd blieb auch die Idee einer Vermögensgewalt diesen *libertatis causa imposita* nicht (*fr. 26. § 12. D. de cond. indeb. 12, 6*).

B. Was wir heutzutage Familienrecht nennen, reducirte sich nach nationalrömischer Anschauung im Grunde auf die beiden einfachen Rechtsinstitute der *potestas* und *manus*, von welchen die letztere auch nur eine Varietät der ersteren war. Alle genossenschaftlichen Elemente des Familien- und Hauswesens, welche auf germanischem Boden zu so reicher Entfaltung kamen und da fast übermäßig wucherten, erscheinen in Rom als zusammengedrängt in den geschloßnen Rahmen der *domus, in qua paterfamilias dominium habet.*** Nur der eigentliche *paterfamilias* galt als eigentliches und selbständiges Subject, Alles Andere, selbst Frau und Nachkommenschaft im Hause, war Object; die Familie war eine bloße Pertinenz des Hausherrn. Das erschien freilich von der einen Seite als eine Niederdrückung der Familie, allein indem der Hausherr doch als das *caput*, die Familie als die Glieder aufgefaßt wurden,

*) s. Cursus § 900. **) s. Excurse S. 357.

zeigte sich die edlere Seite und der Fortschritt über das Barbarenthum hinaus.

Da die nationale Auffassung der *potestas* tief in den natürlichen Verhältnissen begründet, und das Abhängigkeitsverhältniß der einen Generation zur anderen ein absoluteres Bedürfniß ist, als dasjenige des einen Geschlechts vom anderen: so ist es erklärlich, daß vor der eindringenden Wildflut unrömischer Neuerungen seit dem Ende der Republik die *patria potestas* länger Stand hielt, als die *manus*. Stellen wir die *potestas* und *manus* im 3. Jahrh. n. Chr. neben einander, so zeigen sie ein völlig verschiedenes Bild: während die *patria potestas* und die *paterna verecundia* im Grundsatz unversehrt stand,* bot die Manusehe ein Bild völliger Auflösung, sie existirte während der Kaiserzeit, da auch die *manus per coëmtionem* mehr und mehr abkam, fast nur noch in dem Zerrbild der *fiduciaria coëmtio*. Die freie Ehe des damaligen gemeinen Rechts aber war im Grunde nichts weiter als ein Dotalcontract und eine *societas bonorum:* das staatlich sanctionirte und privilegirte Mittel, Römische Bürger in die Welt zu setzen.

C. Neben den Rechten der *patria potestas* kommen hier und da, besonders in der christlichen Kaiserzeit, einzelne Rechte der Mutter als solcher zum Durchbruch. Schon durch ein *Sctum Tertullianum* unter Hadrian war der Mutter als solcher schlechthin ein Erbrecht gegenüber ihren Kindern eingeräumt worden.** Ob die Ernährungspflicht, welche gegenüber den *parentes virilis sexus* anerkannt war, auch auf die Mutter (und weiblichen Adscendenten) zu erstrecken sei, war lange bestritten; Ulpian verwies die Frage an das richterliche Ermessen, welches die *caritas sanguinis* zu berücksichtigen habe (*fr. 5. § 2. D. de agnosc. et alend. lib. 25, 3*). Ueberall, wo des Vaters Wille mit der Mutter der Kinder in Conflict war, hatte freilich der erstere die Oberhand kraft der intensiveren *patria potestas;* allein im Uebrigen war der Mutter Wille zu berücksichtigen. So war sie zu hören, wenn es sich um die Frage handelte, wo das Kind erzogen werden solle (*fr. 1. §10. D. de inspic. ventre 25, 4*). Gleich dem Vater hatte auch die Mutter Anspruch auf Reverenz und Pietät: *Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis afficit, vel impias manus iis infert, Praefectus Urbi delictum ad publicam pietatem pertinens pro modo ejus vindicat* (*Ulp. fr. 1. § 2. D. de obsequiis parentibus praest. 37, 15*). Ja unter Umständen (*ob nequitiam patris*) konnte bei einem Streit um die Erziehung wohl gar der Mutter Recht gegeben werden: *causa cognita mater in retinendo potior erit — obtinuit mater, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur* (*Ulp. fr. 3. § 5. D. de lib. exhib. 43, 30*), und wenn der Vater die Anerkennung seines legitimen Kindes verweigerte, konnte ihn die Mutter mit der *actio de partu agnoscendo* auf Anerkennung und Alimentirung belangen (*§ 13. J. de action. 4, 6*).

---

*) s. Cursus § 937. 940 z. A. **) s. Cursus § 896.

II.

Die *dominica potestas.**

Zu § 748] A. Wir können uns die Bedeutung des Sklaventhums für die antike Geschäftswelt kaum groß genug vorstellen. Die Sklaven waren die Maschinen der damaligen Zeit, auf welche alle körperliche Kraftanstrengung gelegt ward. Die Sklaven wurden auch zu Speculationsmitteln in ähnlicher Weise, wie heutzutage die Actien dem Speculationsgeist dienen, denn man kaufte rohe Sklaven zu niedrigem Preis, um ihnen Kunstfertigkeiten zu lehren und sie dann höher zu verwerthen (z. B. *fr. 26. § 8. D. mandati 17, 1*), und es war nicht selten, daß zu solcher Speculation sich mehre Capitalisten verbanden, welche ein Capital gemeinsam in Einem oder mehrern Sklaven anlegten und den Ertrag der Kunstfertigkeit derselben als Rente oder Dividende unter sich vertheilten. Die Sklaven dienten endlich auch als Contrahirungsinstrumente im rechtsgeschäftlichen Verkehr, was für die vornehmen Römer ein sehr wesentlicher Dienst war; fast das ganze *commercium inter absentes* lag auf den Schultern des Sklavenstandes, und der Sklave war dabei nicht bloß *nuntius* statt des Briefes, sondern persönlich contrahirender Stellvertreter des Herrn. Vielleicht war es einer der Vorzüge des Römischen *jus commercii* vor dem Peregrinenrecht, daß nach jenem der Sklave seinen Herrn mit voller Wirksamkeit berechtigen und verpflichten konnte: das System der *actiones adjecticiae qualitatis* war offenbar auf ein schwunghaftes Verkehrswesen berechnet. Ein Römischer Bürger aus den angesehenen Kreisen würde sich nicht erlaubt haben, sich in den niederen Erwerbszweigen persönlich zu versuchen, auch wenn die günstigste Gewinngelegenheit gewinkt hätte, aber durch die Arme seiner Sklaven konnte er in alle Falten und Winkel des geschäftlichen Lebens greifen und — wie wir z. B. aus einem in *fr. 4. § 3. D. de his qui not. infam. 3, 2* erwähnten Falle sehen — Gold selbst aus dem tiefsten Schmutze suchen, ohne seinen Namen vor seinen Mitbürgern zu beflecken. — Die Handlungszeitung v. J. 1816 erzählt von einem Lord Erskine, welcher, um den Besenhandel, wozu er das Material von seinen Landgütern bezog, zu betreiben, 65 Hausirpatente für seine Dienstleute gekauft hatte; diese boten die Besen des Lords in den Straßen Londons feil und brachten ihrem Herrn jährlich 12,000 Thlr. und mehr ein. In Rußland gab es Leibeigene, welche mit Bewilligung ihres Herrn große Firmen etablirten, sich zu reichen Banquiers aufschwangen, faktisch ganz wie Vollfreie lebten und ihrem Herrn eine ansehnliche Rente einbrachten. Aehnlich haben wir uns das Leben und die Leistungen vieler Sklaven im alten Römischen Reich zu denken.

Die Sklaven und Sklavinnen, welche zur häuslichen persönlichen

*) Vergl. dazu oben Excurse S. 370—373.

Bedienung dressirt waren, mußten freilich oft unter der Härte ihrer Herren, von den Launen ihrer Herrinnen Unerträgliches leiden, sie wurden oft schlimmer als das Vieh behandelt. Allein wer human und klug war, achtete im Sklaven den Menschen; nicht selten war das Band, welches den Sklaven an das Haus seines Herrn knüpfte, ein inniges, edles und noch den Zustand der Sklaverei überdauerndes, indem der Freigelassene der Vertraute und Geschäftsführer seiner Patronsfamilie blieb. Scaevola erzählt: *Qui negotiationem per Pamphilum et Diphilum, prius servos, postea libertos, exercebat, suo testamento eos tutores reliquit et cavit, ut negotium eodem more exerceretur, quo se vivo exercebatur* (*fr. 58. pr. D. de admin. tutor. 26, 7*). Ein bedeutsames Relief erhielt der ganze Sklavenstand durch die Anstellung von *servi publici* im Subalterndienst der öffentlichen Behörden; zwei des Griechischen kundige Sklaven wurden schon in alter Zeit von Staatswegen gehalten, um den *Duumviri sacris faciundis* zur Deutung der sibyllinischen Bücher als Dollmetscher zu dienen (Marquardt Röm. Alterth. IV. S. 326ff.); durch Appius Claudius den Censor wurde der Herculescult auf *servi publici* übertragen; wenn das Geschäft eines Pupillen keinen Aufschub litt und kein Sklave desselben da war, konnte der Prätor einen *servus publicus* zuziehen, um durch diesen die Stipulation Namens des Pupillen vornehmen zu lassen (*Ulp. fr. 2. D. rem pupilli 46, 6*). Es ist dazu namentlich dies zu berücksichtigen, daß aus Kleinasien u. s. w. zu den Römern viele Sklaven kamen, welche in die feinen Sitten, anmuthigen Künste und gelehrten Wissenschaften des Griechenthums eingeweiht die Lehrer der jungen Römer und die Lieblinge der höheren Gesellschaftscirkel wurden; Homer's Ruhm und Solon's Name schienen oftmals dem stolzesten Römer Achtung zu gebieten vor einem Sklaven, welcher noch den Stempel der Landsmannschaft jener Koryphäen der Civilisation auf der Stirn trug.

So erschien der Sklavenstand in allen Farben, in denen überhaupt das Licht der damaligen Gesellschaft sich brechend entfalten konnte; unter *familia* ward sehr häufig das Sklavenpersonal eines Römers verstanden (s. z. B. *fr. 79. pr. D. de legat. III*). Aber freilich dem Vertrauen der Herren sollte jederzeit auch die Hingebung der Sklaven entsprechen. Diese Hingebung sollte unbedingt seyn. *Cum dominus occiditur, auxilium ei familia ferre debet et armis et manu et clamoribus et objectu corporis; quodsi, cum posset, non tulerit, merito de ea supplicium sumitur* (*Mod. fr. 19. D. de Scto Silan. 29, 5*). — Vergl. Ihering Geist d. R. R. II. § 32. 34 (2. Aufl. S. 229ff.). Walter Röm. Rechtsgesch. II. § 466—477.

B. Man unterschied, ob Jemand einen Vorrath verkäuflicher Sklaven hielt, um mit ihnen Handel zu treiben, oder ob er die Sklaven als sein dauerndes Besitzthum betrachtete: *servi venalia et usualia* (*Marcian fr. 16. § 3. D. de public. et vectigal. comm. 39, 4*). Unter Umständen konnte dieser Unterschied hermeneutische Bedeutung gewinnen: *fr. 73. § 4. D. de legat. III.*

Sodann unterschied man, ob die Sklaven, die man besaß, eingewöhnte Sklaven oder Neulinge seien: *mancipia veterana* (auch *veteratores* genannt) und *novicia*. Mit Rücksicht auf gewisse fiscalische Interessen war die entscheidende Zeit bestimmt: *sunt autem veterana, quae anno continuo in urbe servierint, novicia autem mancipia intelliguntur, quae annum nondum servierint* (*fr. 16. eod.*). Sonst wurde das Kriterium nicht auf die Zeit, sondern auf das Vertrauen, welches dem Sklaven zu Theil wurde, gestellt: *Veteratorem non spatio serviendi, sed genere et causa aestimandum, Caelius ait; nam quicunque ex venalicio noviciorum* (Sklavenseminar) *emtus, alicui ministerio praepositus sit, statim eum veteratorum numero esse: novicium autem non tirocinio animi* (subjectiver Unerfahrenheit), *sed conditione servitutis intelligi; nec ad rem pertinere, latine sciat, necne; nam et ob id veteratorem esse, si liberalibus studiis eruditus sit* (*Venul. fr. 65. § 2. D. de aed. Ed. 21, 1*).

Die Stellung zum Herrn wurde namentlich durch die Art des Dienstes bestimmt, und danach wohl auch *ordo et dignitas mancipiorum* unterschieden. Diese Unterscheidung war wichtig für den Fall, daß der Sklave Gegenstand eines Nießbrauchsrechts wurde, denn dann bestimmte sich nach dem Dienststande des Sklaven, welche Dienste der Servitutberechtigte von ihm in Anspruch nehmen durfte, ohne sich dem Vorwurf eines Mißbrauchs auszusetzen, sowie auch, nach welchem Maßstab er ihn zu beköstigen und zu kleiden hatte (*fr. 15. § 1. 2. D. de usufr. 17, 1*), Vor Allem wurde zwischen *mancipia urbana* und *rustica* unterschieden (*fr. 210. D. de V. S.*), wobei es auf die herrschaftliche Anordnung, nicht auf das Zufällige des äußerlichen Aufenthalts ankam: *Urbana familia et rustica non loco, sed genere distinguitur; potest enim aliquis dispensator non esse servorum urbanorum numero, velut is, qui rusticarum rerum rationes dispenset ibique habitet, non multum abest a villico; insularius* (Hausmeister) *autem urbanorum numero est; videndum tamen est, ipse dominus quorum loco quemque habuerit: quod ex numero familiae et vicariis apparebit* (*Pomp. fr. 166. D. eod.*). Aus einer Verordnung Constantin's sehen wir, daß namentlich im Vormundschaftswesen jene Unterscheidung einflußreich war, denn nach einer gesetzlichen Bestimmung, die allerdings dann von Constantin selbst aufgehoben ward, sollte der Vormund den Vermögensbestand des Minorennen (*pretiosa mobilia, urbana mancipia* u. s. w.) in Geld umsetzen, wovon nur *praedia et mancipia rustica* ausgeschlossen waren: *l. 22. C. de admin. tutor. 5, 37;* vielleicht liegt in dieser Stelle eine der ältesten Andeutungen von einer Bodenhörigkeit der Landsklaven. Vergl. Marquardt Röm. Alterthümer V. S. 185—195.

Unterscheidungen nach dem Detail der Dienste, wie sie aus dem Getriebe eines raffinirten Luxuslebens entspringen, werden in den Quellen häufig angeführt. Mit Rücksicht auf die Genugthuungsfrage bei Injurien führt Ulpian aus: *Praetor non ex omni causa injuriarum judicium servi nomine promittet. Nam si leviter percussus sit, vel maledictum ei leviter: non dabit actionem; at si infamatus sit vel facto aliquo, vel*

carmine scripto, puto causae cognitionem Praetoris porrigendam et ad servi qualitatem: etenim multum interest, qualis servus sit, bonae frugi, ordinarius, dispensator, an vero vulgaris (Handlanger) *vel mediastinus* (Aufwärter), *an qualisqualis; et quid, si compeditus, vel male notus, vel notae extremae? Habebit igitur Praetor rationem tam injuriae, quae admissa dicitur, quam personae servi, in quem admissa dicitur; et sic aut permittet aut denegabit actionem* (*fr. 15. § 44. D. de injur. 47, 10*). Ulpian nennt an andrem Orte einen *servus fornicarius* (Ofenheizer: *fr. 27. § 9. D. ad leg. Aquil. 9, 2*); Gaius einen *dispensator* (Zahlmeister), *cellarius* (Kellermeister), *cocus* (Koch; *fr. 24. D. de manumiss. test. 40, 4*); Modestinus *tragoedos tres* (Schauspieler: *fr. 12. pr. D. de fideic. libertat. 40, 5*); Maecian einen *paedagogus liberorum* (*fr. 35. eod.*); Scaevola einen *servus notarius* (*fr. 41. § 3. eod.*); Marcian einen *cubicularius* (Kammerdiener), *obsonator* (Einkäufer), *piscatoribus praepositus* (Oberfischer: *fr. 65. pr. D. de legat. III*); Ulpian führt aus: *Mancipiorum usufructu legato non debet abuti, sed secundum conditionem eorum uti. Nam si librarium* (einen Schreiber) *rus mittat et qualum et calcem* (Flechtkörbe und Kalk) *portare cogat, histrionem balneatorem faciat, vel de symphonia atriensem* (Portier), *vel de palaestra stercorandis latrinis praeponat: abuti videbitur proprietate* (*fr. 15. § 1. D. de usufr. 7, 1*). Vergl. Marquardt Röm. Alterthümer V. S. 141—165.

Wichtiger als alle diese Unterscheidungen war aber die der *servi ordinarii* und *vicarii*, denn diese bezog sich auf das Peculiarverhältniß und hatte dadurch eine unmittelbare Bedeutung für das Privatrecht. Daß sie schon dem Servius Sulpicius und Labeo geläufig war, sehen wir aus *fr. 17. D. de pecul.* (*15, 1*) und *fr. 5. D. de evict.* (*21, 2*). Wir könnten sagen: Obersklaven und Untersklaven, denn *vicarii* waren die zum Peculium eines Sklaven gehörigen und demgemäß diesem untergebenen Sklaven. Da *servi peculium velut patrimonium* galt (*fr. 19. § 1. D. de pecul. 15, 1*), so war es natürlich, daß das nächste Verhältniß des *vicarius* das zu seinem *ordinarius* war, und durch diesen das Verhältniß des *vicarius* zum eigentlichen Herrn vermittelt hat; dem entspricht es, wenn Pomponius sagte, daß die *vicarii* nicht zu den eignen Sklaven des eigentlichen Herrn gerechnet würden, wenn es sich um Auslegung von Testamenten handle (*fr. 73. § 5. D. de legat. III*). Auch der *servus ordinarius* konnte seinen *vicarii* wieder (Unter-) Peculien aussetzen, und dann entstanden leicht verwickelte Rechtsfragen.* *Si servus meus ordinarius vicarios habeat, id, quod vicarii mihi debent, an deducam ex peculio servi ordinarii? Et prima illa quaestio est, an haec peculia in peculio servi ordinarii computentur? Et Proculus et Atilicinus existimant, sicut ipsi vicarii sunt in peculio, ita etiam peculia eorum, et id quidem, quod mihi dominus eorum, i. e. ordinarius servus debet, etiam ex peculio eorum detrahetur; id vero, quod ipsi vicarii debent, dumtaxat ex ipsorum peculio; sed et si quid non mihi, sed ordinario servo debent,*

*) s. Cursus § 760 sub 3.

deducetur de peculio eorum, quasi conservo debitum; id vero, quod ipsis debet ordinarius servus, non deducetur de peculio ordinarii servi, quia peculium eorum in peculio ipsius est. Et ita Servius respondit. Sed peculium eorum augebitur, ut opinor, quemadmodum si dominus servo suo debet . . . Quaeritur, si ordinarii servi nomine actum sit de peculio, an agi possit et vicariorum? Et puto, non posse. Sed si actum sit de peculio vicarii, agi poterit et de peculio ordinarii (*Ulp. fr. 17. 19. D. de pecul. 15, 1*).

C. In Betreff der allgemeinen Art der Sklavendienste (*operae serviles*) wurde zwischen *officia* und *artificia* unterschieden (*fr. 24. D. de manum. test. 40, 4*). Dieser Unterschisd war nicht bloß für die Besteuerung wichtig (*fr. 4. § 5. D. de censibus 50, 15*), sondern wurde auch als Interpretationsmoment berücksichtigt, indem in dem Uebergang zu einem Kunstzweig gleichsam eine Veränderung der Persönlichkeit gesehen ward: *Si ex officio quis ad artificium transierit, quidam recte putant, legatum exstingui: quia officium artificio mutatur* (*Marcian fr. 65. § 1. D. de legat. III*).

Dieser Unterschied erstreckte sich auf den Stand der Freigelassenen, für welche der Satz: *natura operas patrono libertus debet*, nur Betreffs der *operae officiales*, nicht der *fabriles*, galt (*fr. 26. § 12. D. de cond. indeb. 12, 6*).

XLIII. Kapitel.

Entstehung und Endigung der väterlichen Gewalt.

(Zu § 750—755)

Die *denunciatio praegnatis mulieris.*

Zu § **750**] Wenn eine Frau nach stattgefundener Ehescheidung sich schwanger fühlte, so konnte, um der Zweifelhaftigkeit der Abstammung der zu erwartenden Geburt vorzubeugen, ein besonderes Denunciationsverfahren stattfinden, welches durch ein *Sctum Plancianum de liberis agnoscendis* (vor Hadrian) geregelt war.

Die Initiative zu diesem Verfahren kam der Frau zu: *denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere* (*Ulp. fr. 1. § 5. D. de agnoscendis liberis 25, 3*), und bestand in einer einfachen Anzeige der Schwangerschaft seiten der Frau selbst, bez. ihres Gewalthabers: *sufficit, hoc notum facere, quod sit praegnas* (*fr. 1. § 3. eod.*), *s. denunciare, se ex marito concepisse* (*fr. 1. § 12. eod.*). Diese Denunciation mußte innerhalb Monatsfrist nach der Scheidung und an den geschiedenen Mann selbst, bez. dessen Gewalthaber (*marito vel parenti, in cujus potestate est, denunciare*), oder, wenn derselbe nicht anzutreffen war, vor dessen Wohnung (*domum denunciare*) geschehen (*fr. 1. § 1. eod.*). Verspätete Denunciation wurde nur aus besonderen Gründen *causa cognita* noch zugelassen (*fr. 1. § 7. eod.*). Unterließ die Frau die Anzeige, so stand dem Manne jederzeit frei, die Legitimität der Geburt zu bestreiten und

auf besondere Beweisführung ankommen zu lassen (*fr. 1. § 6. 8. 15. eod.*).

Geschah aber rechtzeitige Denunciation, so mußte der Mann, wenn er nicht als anerkennend geachtet werden wollte, entweder *missio s. oblatio custodum* oder *contradenunciatio* d. h. *responsio, non esse mulierem ex se praegnatem,* vornehmen (*fr. 1. § 3. 4. eod.*). Unterließ er beides, so präjudicirte er sich in so weit, daß er nun sich nicht weigern durfte, die Ernährung des Kindes zu übernehmen; wobei aber die Frage, ob das Kind *suus heres* sei, in Schwebe blieb (*fr. 1. § 13. 14. eod.*). Die zugeschickten Ueberwacher waren als *custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque* gemeint und sollten Unterschiebung eines fremden Kindes verhüten (*fr. 1. § 12. eod.*). Für den Mann lag in der Zuschickung der Ueberwacher noch keine Anerkennung der ehelichen Schwangerschaft, anderseits aber verlor die Frau ihr durch die Denunciation begründetes Recht, wenn sie die Ueberwachung ablehnte (*fr. 1. § 6. 11. eod.*).

Andere *Scta,* namentlich seit Hadrian, berücksichtigten auch solche Fälle, da *constante matrimonio* oder nach Aufhören der Ehe durch Tod des Gatten eine vielleicht anzuzweifelnde Schwangerschaft in Frage kam (*fr. 3. eod.*).

Für den Fall, daß umgekehrt die geschiedene Frau die Schwangerschaft in Abrede stellte, während der Mann sie vermuthete, wurde unter den *Divi Fratres* die Bestimmung aufgestellt, es solle auf Verlangen des Mannes eine Ueberwachung angeordnet werden. *Si perstat in eadem postulatione, commodissimum est, eligi honestissimae feminae domum, in quam Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te assumtae fuerint, eam inspiciant; et siquidem vel omnes vel duae renunciaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset; quodsi enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris injuriam; si autem vel omnes vel plures, non esse gravidam, renunciaverint, nulla causa custodiendi erit* (*fr. 1. pr. D. de inspic. ventre 25, 4*). —

Ueber das ganze bei der *inspectio ventris et custodia partus* zu beobachtende Verfahren waren im Prätorischen Edict sehr ins Einzelne gehende Bestimmungen vorgeschrieben (*Edictum de custodiendo partu: fr. 1. § 10. eod.*)

XLIV. Kapitel.

Das Peculium.*

(Zu § 756—762)

Labeo, welcher der Erfinder des Handelspeculium (*merx peculiaris*) war, scheint auch die Theorie des einfachen *peculium* wesentlich erweitert zu haben, indem er für den Fall eines Verkaufs des Sklaven

*) Vergl. Cursus § 336. Excurse S. 88—90. 307—312.

während schwebender *actio de peculio* eine freiere Ansicht vertrat (*fr. 43. D. de pecul. 15, 1*), die Aufmerksamkeit auf die Besonderheit des *peculium vicariorum* hinlenkte (*fr. 6. eod.*) und den Rechtsbegriff des Peculium genauer als bisher von dem äußeren Sachbestand unterschied. In dem ersten Falle sprach Labeo die Identität der Peculiarsphäre eines dann veräußerten Sklaven in gewisser Beziehung aus; in dem zweiten Falle wurde er zwar von Celsus getadelt, allein daß Labeo einen richtigen Gedanken im Hintergrund hatte, dürfte aus *fr. 19. pr. D. eod.* geschlossen werden können; den dritten Punkt anlangend, so kann gefragt werden, ob in Labeo selbst schon der entscheidende Gedanke ganz gereift gewesen, aber jedenfalls sind von ihm wohl die Grundlagen gegeben worden, auf welchen dann von Proculus der Satz aufgestellt werden konnte, daß die Existenz von *res in peculio* keine Bedingung sei für die Anstellung der *actio de peculio*. Sehen wir uns aber nach dem Keim dieser neuen Rechtsidee um, so liegt es nahe, ihn auf einem Wege zu suchen, wo so viele neue Impulse zuerst sich geltend machten: auf dem Wege der Interpretation letzter Willen. Hier, wo es sich um die angemessene Aufrechthaltung von Legaten eines Peculium *per vindicationem* handelte, scheint zuerst der Gedanke aufgetaucht zu seyn, daß der Rechtsbegriff des Peculium nicht identisch sei mit dem äußern Sachbestand.

„Das Vermächtniß des Peculium war ein häufiges und althergebrachtes. Es mußte dem Vater in vielen Fällen angemessen scheinen, seinem Kinde das Peculium, welches dieses factisch besaß und durch Fleiß oder Sparsamkeit gemehrt hatte, testamentarisch zu sichern. Desgleichen war das Vermächtniß des Peculium die angemessenste Mitgift an den testamentarisch freigelassenen Sklaven, den man humaner Weise nicht völlig mittellos zur bürgerlichen Selbständigkeit bringen konnte. Als Form des Vermächtnisses pflegte man von Alters her das Vindicationslegat zu wählen, da der ehemalige Hausuntergebene bereits im factischen Besitze war, so daß nicht sowohl eine Verpflichtung des Erben zur Uebergabe, als vielmehr die juristische Confirmation des Besitzstandes entsprechend schien. Das herkömmliche Formular, von welchem man sich nach Römischem Brauch nicht ohne dringenden Grund entfernte, scheint gewesen zu seyn: *Stichus servus meus liber esto peculiumque sibi habeto!* (*fr. 14. pr. D. de pec. leg. 33, 8*). Diese altüberlieferte Form des Legats verursachte jedoch Schwierigkeit, als sich die Theorie des Vindicationslegats* bestimmter ausbildete. Nach der Lehre der Juristen, welche der Logik der Sache zu entsprechen schien, konnten *per vindicationem* nur solche Objecte vermacht werden, welche in des Testators Eigenthum standen und fähig waren, in das Eigenthum des Legatars überzugehen. Die schärfere Sonderung der juristischen Begriffe aber lehrte, daß das Peculium als Begriffsganzes nicht Object des Eigenthums seyn konnte, sondern nur die im Peculium ent-

*) s. Cursus § 915.

haltenen Sachen. Ferner aber sind das Legat *per vindicationem* und die aus dem Legat entspringende Vindication Correlate. Die classische Jurisprudenz aber verwarf die Vindication eines Peculium als einer aus körperlichen und nicht körperlichen Objecten zusammengesetzten Sachgesammtheit (*fr. 56. D. de rei vind. 6, 1*). Damit war streng genommen das Vindicationslegat des Peculium als solches für unmöglich erklärt. Sollte man aber dies *in praxi* eingebürgerte Legat um deßwillen schlechthin als ungültig betrachten, die wohl begründete Erwartung der Testatoren, die sich jener traditionellen Form bedient hatten, täuschen? Es war natürlich, daß man das Vermächtniß in der Art erhielt, daß man die einzelnen im Peculium enthaltenen Sachen als vermacht ansah. Jedoch damit kam man wieder dann nicht aus, wenn das Peculiarvermögen des Sklaven durch Schulden an den Herrn gemindert war. Hier war das Vermächtniß der körperlichen Peculiarsachen nichts weniger, als identisch mit dem Vermächtniß des Peculium. Das Peculium repräsentirte den Saldo nach Abzug der Passiva, die Peculiarsachen einseitig den Activbestand. Die Gleichheit wurde erst dadurch quantitativ hergestellt, daß man die Peculiarsachen nur zu dem ideellen Theil als vermacht ansah, welcher dem Werth des Peculium nach Berichtigung der Passiva an den Hausvater entsprach. Die Juristen stützten sich bei ihrer Auffassung auf den präsumtiven Willen des Testator. Die älteste Spur dieser Auffassung des Peculienvermächtnisses findet sich bei Labeo (*fr. 22. pr. D. de pec. leg. 33, 8*). Er entschied dahin, daß die Größe des Antheils an der vermachten Sache sich nach dem Schuldenstand im Momente der Vindication richte, so daß eine nach dem Tode des Erblassers erfolgte Abtragung der Schuld durch den Freigelassenen dessen Eigenthumsquote an der legirten Sache vergrößerte." Dernburg Gesch. u. Theorie d. Compensation (2. Aufl. Heidelb. 1868) § 15. S. 122—124.

Zweiter Titel.

Die Manus und die Dos.

XLV. Kapitel.

Das Eheband im Römischen Sinn.

(Zu § 763-768)

I.

Die systematische Stellung der Ehe.

Zu § 764] Zwei Fragen dürften Angesichts der vorstehenden Titelüberschrift aufgeworfen werden: 1) Warum ist das Eheband unter dem Gesichtspunkt der Ehegewalt dem System eingereiht? Ich ant-

worte: weil das der nationalrömische Gedanke ist. Die Begriffe: Manus und Ehe sind freilich zweierlei, und auch als Lebensverhältnisse traten sie später auseinander; allein in alter Zeit treffen wir auf Ehe nur, wo auch *manus* ist, und auf *manus* nur, wo auch Ehe ist. Die Ehe als solche ist nach nationalrömischer Anschauung überhaupt nichts Juristisches. nur als *manus* oder im Rahmen der *manus* wird sie zum Rechtsverhältniß. Von der rechtlichen Seite erschien den alten Römern die Ehe nur als ein einseitiges Gewaltverhältniß, ebenso wie das Hausverhältniß zwischen Eltern und Kindern. „Eine Verwechselung von Manus und Ehe ist allerdings durchaus verwerflich, aber es ist auch verwerflich für die alte Zeit, wo nur Manusehen bestanden, von dem Begriff Ehe auszugehen und die Manus bloß als accessorisch zu betrachten, wodurch eine Zersplitterung der hausherrlichen Gewalt in eheliche Gewalt und durch die Manus erworbene Gewalt herbeigeführt wird. So lange es Manusehen gab, hieß die ganze Gewalt über die Frau Manus, und neben dieser fand keine andere über die Frau statt. Manus und Ehe waren unzertrennliche Begriffe, erst auf einer späteren Stufe wurden beide selbständig" (Roßbach Untersuch. üb. d. Röm. Ehe; Stuttg. 1853. S. 7. Anm. 24). Ja auch auf dieser späteren Stufe klingt das alte Supremat des Mannes nach im Dotalverhältniß, insofern die Dos in das Eigenthum des Ehemannes kam, und die s. g. freie Ehe war ja im Grunde, juristisch betrachtet, auf ein Dotalverhältniß zusammengeschrumpft. In der classischen Zeit schwankt die Ehe, juristisch betrachtet, zwischen der Idee eines Gewaltverhältnisses und der Idee einer *dotis obligatio*; es wird diesem Schwanken gegenüber keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, wenn auch für das System des classischen Rechts noch jener Suprematsidee der Vorzug gegeben wird. Die *vis* (*jus?*) *ac potestas* des tutor hatte sich im Laufe der Zeit ganz aufgelöst, und das Band zwischen Vormund und Mündel war im Lichte der classischen Jurisprudenz reducirt auf die Idee eines *munus publicum* und eines Quasicontracts; die *patria potestas*, obwohl auch sie in der Kaiserzeit nicht unerhebliche Einschränkung und Abflachung erfährt, erhält sich doch verhältnißmäßig intensiv und bleibt eines der Cardinalfundamente des Römischen Gesellschaftswesens: noch Ulpian bestätigt die vorwaltende *potestas* des Vaters (*fr. 4. D. de curator. furioso dand. 27, 10*); die Ehe aber steht zwischen beiden gleichsam in der Mitte, denn sie hört allerdings auf, regelmäßig als ein wirkliches Gewaltverhältniß behandelt zu werden, indem die Confarreation ihren Manuseffect verliert und die Coemtion dem freien Eheschluß (mit bloßem Dotalinstrument) immer mehr weicht, allein noch immer pulsirt in der Römischen Ehe der späteren Zeit die Idee der ehemännlichen Suprematie: das Weib soll Glied, der Mann Haupt der Familie seyn; das Weib hat kein Recht am ehemännlichen Vermögen, die Mitgift geht in das alleinige Vermögensrecht des Ehemanns über, und das Recht der Frau an der Mitgift schlummert während der Ehe, ja die Mitgift bleibt auch nach der Beendigung der Ehe in des Mannes Ver-

mögen, in spätrer Zeit zwar nicht mehr schlechterdings, aber doch noch unter Umständen.

2) Warum ist die Ehe nicht vor, sondern erst nach der väterlichen Gewalt dargestellt? Das ist ungewöhnlich und scheint auch unnatürlich zu seyn, weil die Ehe die Wurzel des menschlichen Geschlechts und das Weib die Voraussetzung des Kindes ist. Vom natürlichen Standpunkt aus ist das richtig, aber der natürliche Standpunkt trifft nicht immer mit dem juristischen zusammen. Dem Römer erschien die natürliche Zeugung nur als eine der Begründungsarten der Vatersgewalt, daneben kannten sie schon frühzeitig auch die Adoption, die eine künstliche Zeugung (ohne Ehe) war; auch kam in Betracht, daß der (in der Ehe) gezeugte Sohn nur insofern und so lange in Vatersgewalt stand, als der Erzeuger wollte, denn dieser konnte ihn willkürlich emancipiren. Also nicht die natürliche Zeugung als solche, nicht die Ehe als solche bildete den letzten Rechtsgrund der Vatersgewalt, sondern der freie Wille des *paterfamilias*. Und wie die Vatersgewalt auf dem freien Privatwillen beruhte, so auch die eheliche Verbindung. Das ist die eigentliche Römische Anschauung, und von da aus ist es leicht begreiflich, wie das *matrimonii vinculum* als ein Abbild der *patria potestas* aufgefaßt werden konnte.

Die militärische Subordination galt allerdings den Römern als das Erste und Wichtigste, wie uns noch aus dem schwertartig schneidenden Ausspruch des Juristen Paulus entgegentritt: *Disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis, quam caritas liberorum* (*fr. 19. § 7. D. de captiv. 49, 15*).* Aber unbedingt blieb im bürgerlichen Gemeinschaftswesen immer die *patria potestas* als wesentliche Grundlage geachtet, sie bildete den eigentlichen Prototyp für alle hausgenossenschaftlichen Verhältnisse, und es ist ein ächt Römischer Zug, daß selbst das *matrimonium* sich nach dem Typus der *patria potestas* formiren mußte, daß nicht die ehemännliche, sondern die väterliche Gewalt als das Urbild galt, und die Gattin *loco filiae* stand. Ohne die *potestas* ist die *manus* unverständlich, die *manus* ist nichts weiter als eine Spielart oder ein Abbild der *potestas;* vom Urbild aber muß vor dem Abbild gehandelt werden. Darum hat die *potestas* den systematischen Vorrang vor der *manus* und Ehe im nationalrömischen Recht; wir tragen nachclassische, christliche, heutige Ideen in das antike Recht hinein, wenn wir von der Ehe vor der Vatersgewalt handeln.

Selbst für das rechte Verständniß der Dos ist die Voranschickung der *patria potestas* mit dem dazu gehörigen *peculium* dienlich, denn die Dos ist gewissermaßen ein fortgeschrittenes und gleichsam emancipirtes Peculium,** ja fast wie ein Seitenstück des *peculium castrense*: wobei wir zwar nicht die Ehe mit einem Kriegszustand vergleichen wollen, aber doch bemerken, daß die Ehe den späteren Römern in der That als eine Arena des Kampfes der Interessen zwischen Mann und Frau erschien, und daß die Eheschließung und Kinderzeugung als so

*) Vergl. oben Excurse S. 45. **) s. oben Excurse S. 89. 307. 308.

schwer für den Einzelnen und so wichtig für den Staat galt, wie das Soldatenleben und der Kriegsmuth.

II.

Das Wesen der Ehe.

Zu § **763**] Ohne besondere Rücksichtnahme auf den Spiegel der Römischen Nationalanschauung müßten wir sagen: das Ideal der Ehe ist, daß sie eine wechselseitig wirkende Lebensgemeinschaft und Wesensergänzung zweier Personen verschiednen Geschlechts ist. So ist sie zugleich ein Natur- und Geistesband, gleichwie das einzelne menschliche Individuum zugleich Körper und Geist, physisches und psychisches Wesen ist. Keines der beiden Elemente soll hier ohne das andere seyn, keines ist bloß accessorisch, keines früher als das andere. Und wenn die Ehe eine Geistesgemeinschaft genannt wird, so ist das im weitesten Sinn zu verstehen. Leicht würde ihr Wesen zu eng gefaßt werden, wenn sie bloß als ein „sittliches" Band bezeichnet würde, denn die Religion ist begrifflich nicht identisch mit der Moral, und doch soll ihrem Ideal gemäß die Ehe auch ein Band religiöser Gemeinschaft seyn. Es ist aber ferner zu behaupten, daß nicht bloß die sittlich-religiöse Anlage und Kraft des Menschen, sondern auch, was sonst zu seinen edlen Geistestrieben gehört, in der Ehe Nahrung und Klärung findet. In der ächten Ehe wird der schaffende Künstler für seine Phantasie, der unternehmende Staats- oder Kriegsmann für seine Energie, der denkende Forscher und Gelehrte für seine Intelligenz Stoff und Maß gewinnen. Die Ehe ist ein allumfassendes Band, eine den menschlichen Mikrokosmos universell belebende und durchdringende Macht. Insoweit die Energie* des Menschen davon berührt wird, enthält die Ehe ein juristisches Element; die rechtliche Seite ist eine der vielen Seiten dieses fundamentalen Lebensverhältnisses, das nicht menschliche Erfindung, sondern göttliche Ordnung ist.

In merkwürdiger Weise und wie ein Räthsel aus der Mitte des antiken Heidenthums heraus entspricht jener Auffassung die Definition Modestin's: *Matrimonium est conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, individua vitae consuetudo, divini et humani juris communicatio* (*fr. 1. D. de ritu nupt. 23, 2*). Nüchterner, doch gleichfalls umfassend, lautet die Definition Justinian's: *Matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens* (*§ 1. J. de patr. pot. 1, 9*).

Den Begriff der Ehe für den Juristen im Allgemeinen festzustellen, gehört allerdings unter die Aufgaben der Rechtsphilosophie, indeß fordert schon die Betrachtung der Römischen Ehe zu Vergleichungen auf. A. v. Feuerbach sagt in seinen Bruchstücken einer „vergleichenden Jurisprudenz" (v. Feuerbach's biograph. Nachlaß. 2. Ausg.

*) s. oben Excurse S. 6.

Bd. II. Leipz. 1853. S. 402: „Unsere Rechtsphilosophen erklären die Ehe für eine zum Zweck der naturgemäßen Geschlechtsbefriedigung auf Lebenslang und mit der Bestimmung der Ausschließlichkeit zwischen zweien Personen eingegangene Gesellschaft, und geben für den Begriff der Ehe überhaupt den Begriff der europäischen Ehe insbesondere. Ein Orientale würde aus seiner Begriffsbestimmung die Zahlenbestimmmung 2 entweder ganz weglassen oder als Moslemin jene Zahl auf Einen Mann und vier Weiber ausdehnen; der alte Römer würde gegen die Lebenslänglichkeit des Vertrags, welche in das neue Römische Ehe-Sacrament etwas hineinspielt, seine Erinnerung machen; der Chinese würde jene Bestimmung bloß auf die Oberfrau anwendbar finden und ihn daher so erweitert wünschen, daß er auch den Frauen des zweiten Rangs anpasse; der Tibetaner endlich würde sich wundern, daß durch jenen Begriff seiner friedlichen treuen Gemeinschaft Eines Weibes mit vielen Brüdern der heilige Name Ehe versagt werde." v. Feuerbach selbst fügt dann (S. 404) als seine Definition hinzu: „Wollen wir ein allgemeines Merkmal der Ehe, so darf von ihr mehr nicht gesagt werden, als sie sei eine dauernde mit gemeinschaftlichem Zusammenleben verbundene, zwischen gewissen (?) Personen verschiedenen Geschlechts eingegangene und zugleich auf den Geschlechtsgenuß gerichtete Vereinigung. Ob diese Vereinigung zwischen Einem Manne und Einem Weibe, oder zwischen Einem Manne und mehreren Weibern, oder mehreren Männern und Einem Weibe eingegangen worden, ändert nichts an dem allgemeinen Begriff. Nur Weibergemeinschaft als einer Geschlechtsvereinigung mehrerer Männer mit mehreren Weibern, worin jeder Mann jedem Weibe, jedes Weib jedem Manne gehört, muß der Name einer Ehe versagt werden. Dauernd und mit gemeinschaftlichem Zusammenleben verbunden muß die Geschlechtsgemeinschaft seyn, oder sie ist bloße Hurerei. Auch das Wort „dauernd" setzt die Ehe der vorübergehenden, durch augenblicklichen Instinct geknüpften Geschlechtsgemeinschaft entgegen, begreift aber die lebenslängliche Dauer, eine bestimmte oder unbestimmte Dauer. Man wird es den Römern nicht absprechen können, daß sie in Ehen gelebt haben, wenngleich jeder nach Belieben mit dem: *res tuas tibi habeto!* seine Frau aus dem Hause fortschicken und sich von Neuem verheirathen durfte."

Auf den christlichen Standpunkt ist hierbei nicht besonders Rücksicht genommen, dies geschieht in folgenden drei Definitionen neuerer Theologen: Eine rechte Ehe ist, wo Ein Mann und Ein Weib in vollkommene Gemeinschaft der Liebe, des Lebens und aller Güter eintreten (Palmer) — der gottgeordnete Bund zwischen Mann und Weib zur innigsten Gemeinschaft des Lebens und Leibes (Buchdrucker) — ein heiliger Bund vor Gottes Angesicht zwischen Mann und Weib, in Liebe und Treue bei einander zu wohnen, bis daß sie der Tod scheidet (Caspari).

XLVI. Kapitel.

Eingehung und Auflösung der Ehe.

(Zu § 769-778)

I.

Confarreatio und *coëmtio.*

Zu § **771**] Zwei Eheschließungstypen reichen in die älteste Zeit zurück; es sind zwei Formen, in denen zwei grundsätzlich verschiedene Ideen zum Ausdruck kommen. Die *confarreatio* war und blieb die patricische Form (s. Roßbach Unters. üb. d. Röm. Ehe, S. 96); wir können demnach die *coëmtio* als die vorzugsweise plebejische Form uns vorstellen. Daß in dem Dualismus zugleich ein Gegensatz liegt, muß schon darum angenommen werden, weil er so alt ist, denn in Zeiten naiver Einfachheit gelangt man zu Unterscheidungen nur durch den Zwang des Gegensatzes. Es ist aber auch deutlich, worin der Gegensatz hier besteht; er ist weniger ein ethnischer (Sabiner, patriarchal-conservatives Bergvolk — Latiner, industriell-progressives Volk der Ebene!*), als ein socialer Gegensatz. Die *confarreatio* weist uns auf den Ackerbau und Speltgenuß hin: darin spiegelt sich die Zeit vorwiegender Landwirthschaft; im Gegensatz dazu ruht die *coëmtio* auf der Voraussetzung des Geldes, dieses Symptoms und Symbols des mobilisirten bürgerlichen Verkehrslebens. Sodann: die *confarreatio* ist ein wesentlich sacraler Ritus, sie gehört dem Umkreise des *fas* an; die *coëmtio* ist profaner Act, mag auch in der Volkssitte sich eine sacrale Cärimonie noch hinzugesellt haben. Dort also sehen wir *fas*, hier *jus* — dort den Landmann, hier den Städter — dort den Patricier, hier den Plebejer; dort ist es ein Opfer, d. h. ein Handeln mit den Pontifices Angesichts der Gottheit, hier ist es ein Rechtsgeschäft mit dem andern Theil (mit der Braut, bez. ihrem Gewalthaber).

An diesen das Eheband begründenden Act schließt sich dann ein ganzes Drama von Volksgebräuchen. Roßbach (Untersuch. üb. die Röm. Ehe, S. 263) unterscheidet folgende Bestandtheile: „Die Hochzeitsfeier zerfällt nach ihrem äußeren Verlauf in 3 Abschnitte: 1) die Gebräuche, welche in dem väterlichen Hause der Braut vorgenommen werden; 2) der Hochzeitszug, oder wie wir ihn nennen können der cerealische Aufzug, in welchem die Heimführung besteht; 3) die Ankunft der Braut an und in dem Hause ihres Mannes. Diese äußeren Abschnitte stehen unbezweifelt und unverrückbar fest, aber welche einzelnen Gebräuche ihnen unterzuordnen sind, darin hat bisher große Unsicherheit geherrscht . . . In dem väterlichen Hause der Braut (?) werden die Auspicien eingeholt, wird das Opfer dargebracht, dem die *dexterarum junctio* vorausgeht, und an welches sich als ein integriren-

*) s. oben Excurse S. 43. 44.

des Moment noch manche andere religiöse Cärimonie, sowie wenigstens in älterer Zeit auch das Mahl, anschließt. Der *camillus* ist der Knabe, welcher bei dem Opfer dient. Den Wendepunkt bildet der Raub. Die Braut wird am Abend aus dem Schoße der Mutter weggenommen und von zwei Knaben an den Armen fortgeführt, voraus geht der Knabe mit der Hochzeitsfackel, hinter ihr wird Rocken und Spindel getragen, und folgen Verwandte und Freunde, nebenher schwärmt die Volksmenge. Unter dem Schall der Flöten, dem Gesang der Fescenninen (Phallos-Lieder) und dem Ruf *Talasse* bewegt sich der Zug, welcher von Fackeln beleuchtet ist, nach dem Hause des Bräutigams. — Vor dem Hause spricht die Braut die Formel: *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia,* bestreicht die Thüre mit Fett und schmückt sie mit Wollenbinden, dann wird sie über die Schwelle gehoben und mit Feuer und Wasser in die Gemeinschaft des Hauses aufgenommen. Am Tag nach der Hochzeit bringt die Braut als Hausfrau das erste Opfer den häuslichen Laren dar."

Den Schwerpunkt des ersten Actes im Vaterhause der Braut bildet offenbar die Feierlichkeit der eigentlichen Eheschließung: der Ritus der Confarreation oder der Coemtion; bei jener stand wohl dem Brautvater, bei dieser dem Bräutigam die Initiative zu. Vor Göttern und Menschen ist damit der Bund geschlossen. Nun aber muß der ideale Bund auch realisirt und äußerlich erfüllt, die Idee verkörpert werden. Dies geschieht in zwei Stadien: durch Abholung und Einführung. Das erste dieser Stadien ist ein symbolischer Gewaltact, bei welchem die Frau wie ein Object erscheint. Das Naturband, welches sie an ihre Mutter, an ihre Familie kettet, muß zerrissen werden, der Mann muß sie sich erobern. Vor der Schwelle beginnt das zweite Stadium: hier ist das Widerstreben gebrochen, die Trennung entschieden, das freie Weib redet und handelt nun selbst, mit alter Formel sich zur Gattin bekennend, und nun erfolgt das bedeutsame *aqua et igni accipi.* Alles zusammen bildet die *domum deductio* oder *nuptiarum celebratio* (*Scaev. fr. 66. § 1. D. de don. i. V. et U. 24, 1*).

Von besonderem Interesse ist aus diesem dramatischen Apparate der Spruch der vor der Schwelle befindlichen jungen Frau: *Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia!* Diese Worte dürfen nicht, wie Huschke (Studien S. 186. 199) und Hase (*de manu* p. 49) wollen, „in die Mancipationsformel hineingezogen werden; Valer. Max. (*lib. X. i. fin.*) sagt ausdrückdrücklich, dieselben seien *ante januam mariti* ausgesprochen, d. h. wenn die Braut vor dem Hause ihres Bräutigams angekommen war, ehe sie die Schwelle überschritt, also bei der *deductio domum mariti.* Dahin wird wohl Niemand die Mancipation verlegen wollen. Ferner aber sind jene Worte überhaupt nicht auf die Coemtio beschränkt, sondern waren bei jeder Heimführung gebräuchlich, ja wir sind nicht einmal berechtigt, sie von der freien Ehe auszuschließen" (Roßbach S. 71. Anm. 252).

---

*) Vergl. Karlowa die Formen der Röm. Ehe und Manus (Bonn 1868) S. 13.

„Unrichtig hat diese Scene Becker (Gallus II. S. 19) in das Haus selbst hineinverlegt, wogegen die ausdrückliche Angabe des Valerius Maximus: *ante januam mariti,* spricht. Ferner nimmt er ohne allen Grund an, der Bräutigam habe seinerseits die Anrede der Braut mit einer angemessenen ebenfalls symbolischen Formel beantwortet. Das Verhältniß war das umgekehrte, der Bräutigam richtete die Frage an die Braut, diese antwortete. Erst dann erfolgte das Bestreichen der Thüre mit Fett, welches *in limine* selbst geschah“ (Roßbach S. 352.

Was aber sollen die Worte *Gaius* und *Gaia* hier bedeuten? Offenbar die intime Zusammengehörigkeit und Einheit beider Gatten. Wie aber kamen diese Worte dazu, typisch das Gattenverhältniß auszudrücken? Griechischen Lexicographen zufolge soll *Γαῖος* (= *Gavius* vom Stamme *gav* = Stier, Kuh) den Ackerstier bezeichnet haben; man hat danach jene Formel übersetzt: wo du Ackerstier bist, da bin ich Ackerkuh! man hat darin einen Zusammenhang mit dem agrarischen Leben und Cultus gesehen (s. Creuzer Mythologie III. 3. Ausg. S. 711; Hugo Röm. Rechtsgesch. I. S. 130) und „damit die Nachricht des Servius (*ad Aeneid. 4, 16*) und Isidor (*Orig. 9, 8*) in Verbindung gebracht, wonach den Neuvermählten wie einem Rinderpaare ein Joch aufgelegt worden wäre. Schon Brissonius aber hat die Grundlosigkeit dieser Nachrichten eingesehen. Offenbar ist Servius durch die Etymologie des Wortes *conjux* und *Juno Jugalis* auf die Fiction einer solchen Sitte geleitet worden“ (Roßbach S. 354). „Allerdings steht der Ableitung von *Gaius* und *Gaia* aus dem Stamm *gav* nichts entgegen, aber das Wort erscheint hier nicht als Substantivstamm ... und wir müssen uns hüten, das Substantiv mit dem abgeleiteten Adjectiv zu verwechseln und den griechischen Sprachgebrauch ohne Weiteres von dem Römischen gelten zu lassen. *Gavius, Gavia* bezeichnen die Personen, welche zu dem Stier in Beziehung stehen, nicht den Stier und die Kuh selbst. Die Wörter können nichts anderes heißen, als Stier- oder Heerdenbesitzer, Heerdenbesitzerin. Stier und Kuh sind hier als die vornehmsten Thiere der Heerde für Heerde überhaupt gesetzt, in Heerden bestand vorzüglich der Reichthum der Urzeit, und daher kann *Gaius* den Hausherrn, *Gaia* die Hausfrau bezeichnen. Dies stimmt völlig mit der Deutung des Plutarch (*Quaest. Rom. 30*) überein: *ὅπου σὺ κύριος καὶ οἰκοδεσπότης, καὶ ἐγὼ κυρία καὶ οἰκοδέσποινα.* Hiermit stimmt ferner überein, daß die Formel eine locale Beziehung hat, *ὅπου* bezieht sich auf das Haus, in welches die Braut einzutreten im Begriff ist: Hier in diesem Hause, wo Du der Hausherr bist, da will ich als Hausfrau walten! Und damit erklärt sich zugleich, warum die Worte vor der Thür des Hauses gesprochen werden. Daß jene Formel sich so lange erhalten hat, kann nicht befremden, nicht mehr, als wenn das Haar der Braut immer noch mit der *hasta caelibaris* gescheitelt wird“ (Roßbach S. 355).

Abweichend nimmt Mommsen (Röm. Forschungen S. 11 ff.) an, die Braut hätte, indem sie sich entschloß, in die Manus des Gatten zu tre-

ten, vorerst ihren Uebertritt in die *gens* desselben erklären müssen, sie hätte dann den Gentilnamen ihres Mannes angenommen und diesen Namenwechsel eben mit jener Formel: *Ubi tu Gaius etc.* ausgedrückt, denn *Gavius, Gaius* sei vor Alters in Italien ein gewöhnlicher Gentilname gewesen. Dem letztern Theil dieser Hypothese stimmt Karlowa (die Formen d. Röm. Ehe, S. 27) bei. Mir scheint es bedenklich, dem Namen *Gaius* die Function einer Vertretung der Gentilnamen beizulegen, und eine solche abstracte Function am wenigsten in die älteste Zeit zu passen. Für diese möchte keine Erklärung annehmbarer seyn, als die von Roßbach gegebene: Wo und wie Du Heerdenbesitzer, Hauswirth, Hausherr bist, bin ich Besitzerin, Wirthin, Herrin. Mag seyn, daß späterhin, als die Erinnerung an die nomadische Vorzeit verloren gegangen, die agrarische Seßhaftigkeit allgemein, und das Wort *Gaius* zum persönlichen Vornamen geworden war, die Formel anstatt des Sinns häuslicher Gleichstellung den Sinn persönlicher Intimität bekam und dies bedeutete: ich will ganz wie Du, Dein *Alter ego*, Dein Schatten seyn und ganz in Dir aufgehen. Auch dieser Sinn ist abstracter Art und daher gewiß nicht der ursprüngliche. —

Der eigentliche Confarreationsact bestand in einem Opfer, welches vielleicht vom fungirenden Pontifex Maximus unter Betheiligung der auf dem Vließ des geopferten Schafs sitzenden und ihren Eheconsens erklärenden Verlobten dargebracht wurde (Karlowa S. 13. 25). Das Setzen auf dieses Vließ sollte der Ehe den Segen der angerufenen Gottheit zuwenden und sichern, das gemeinsame Sitzen auf demselben Vließ die heilige Lebensgemeinschaft und Unzertrennlichkeit des Paars ausdrücken. Ueber die von Gaius und Ulpian erwähnten *certa et solennia verba,* in welchen der Eheconsens gegenseitig erklärt ward, wissen wir nichts Genaueres (Karlowa S. 26).

Der eigentliche Coemtionsact bestand in dem Mancipationsritus, welchem wohl die gegenseitige Erklärung des Eheconsenses vorherging. Boëthius (*Top. 3*) gibt den Wortlaut dieser Erklärung an: *Vir* (*interrogabat*) *ita: an mulier sibi materfamilias esse vellet; illa respondebat: velle. Item mulier interrogabat: an vir sibi paterfamilias esse vellet; ille respondebat: velle.* „Diese Fragen und Antworten darf man nicht zu einem Bestandtheil der Coemtionsformel selbst machen. Wechselrede paßt schon an sich nicht in den Rahmen der Mancipation hinein. Durch ihren Inhalt geben jene Fragen und Antworten schon zu erkennen, daß sie eine Vorbereitung der Coemtionshandlung enthalten. Diese selbst besteht in einer einseitigen Behauptung des Mannes, daß ihm das Recht zustehe. Durchaus zu verwerfen ist die Meinung Roßbach's (S. 71 ff.), daß die Wechselworte erst nach der Mancipation gesprochen seien. Die Frau erklärt auf die Frage des Mannes, daß sie seine *materfamilias* seyn wolle. Nach erfolgter Mancipation ist sie es aber, und jene Fragen und Antworten hätten keinen Sinn mehr. (Karlowa S. 52). Den Coemtionsact selbst anlangend, so ist zu bemerken, daß *coëmtionem facere* hauptsächlich von der Frau gesagt wurde, und

wie es scheint, vom Manne: *coëmere;* Isidor. (*Orig. 5, 24*) erklärt das *coëmere* als *se invicem emere, ne videretur ancilla uxor.* Darin liegt angedeutet, daß bei der Coemtion die Frau nicht schlechthin als Object der Mancipation, sondern als Mitwirkende gedacht wurde. Ob sie aber principaliter, d. h. als andere Mancipationspartei, die das *raudusculum* entgegennahm, oder nur accessorisch neben dem Gewalthaber (Vater, Vormund) mitwirkte, ist bestritten (Karlowa S. 53—57). Die Mancipationsformel, welche vom *coemtionator* gesprochen wurde, ist von Huschke (Studien S. 200) so reconstruirt worden: *Te ego ex jure Quiritium matremfamilias meam esse ajo, estoque mihi emta hoc aere aeneaque libra;* wogegen Karlowa (S. 51) wohl mit Recht bemerkt, der Ausspruch des Mannes habe geradezu auf die Behauptung der Gewalt, des Rechts, welches er erwarb, nicht aber auf die rechtliche Lage, in welche die Frau durch den Act gerieth, gerichtet seyn müssen. Mit Rücksicht hierauf, sowie auf die häufige Verbindung der Worte *in mariti manu mancipioque* bei Gellius (*4, 3; 18, 6*), Servius (*ad Aen. 11, 476*) und Nonius Marcellus (*de diff. verb. 4, 422*), worin „die juristisch genaueste, formelhafte Bezeichnung des Rechtsverhältnisses" zu vermuthen sei, nimmt Karlowa (S. 51) folgenden Wortlaut an: *Te ego ex jure Quiritium in manu mancipioque meo esse ajo, estoque mihi emta hoc aere aeneaque libra!*

II.

Verwandtschaftliche Schranken der Eheeingehung.

Zu § 774] Ehe und Blutseinheit sind die zwei großen Bänder, welche, jedes in seiner Weise, die Gemeinschaft des Menschengeschlechts herstellen. Der Römische Geist, aller Mengerei abhold, hat auch hier scharf auseinandergehalten und mit ehrfürchtiger Sorgfalt über den vor Alters aufgerichteten Schranken gewacht.

Roßbach (Untersuch. üb. d. Röm. Ehe, S. 420—435) führt aus: „Die Verwandtschaftsgrade, innerhalb welcher nicht allein die legitime Ehe, sondern jede geschlechtliche Gemeinschaft untersagt war, waren bei den Römern weiter ausgedehnt, als bei den meisten übrigen Völkern des Alterthums. Dies war schon den Griechen auffallend; Plutarch (*Quaest. Rom. 108*) stellt das Problem auf, warum die Römer ihre Verwandten nicht heirathen. Wir können den Erklärungen, die er gegeben hat, nicht beistimmen und müssen daher die Gründe selbständig auffinden versuchen. Da die Uebertretung jener Eheverbote in enger Beziehung mit dem Pontificalrechte steht, so könnte man glauben, hier Resultate priesterlicher Weisheit vorliegen zu sehen. Allein das Pontificalrecht selber war nicht das Ergebniß individuellen Geistes und gesetzgeberischen Willens, sondern die zum Gesetz gewordene Sitte, ein aus der Erfahrung von Jahrhunderten gesammelter, von den Vätern ererbter Schatz heiliger Normen. Die Priester waren nur Wächter und Ausleger des Gesetzes, welche die Uebertretungen zu sühnen hatten.

Jene Eheverbote sind vielmehr durch natürlichen Instinct aus der alten Strenge und Ehrwürdigkeit der Familienverfassung hervorgegangen. Das Gefühl der Verwandtschaft war bei den Römern auch in ferneren Graden stärker und lebendiger, als bei anderen Völkern, weil die Familie durch die strengen Bande der *patria potestas* und des Einen Willens, welcher in der Person des Hausherrn repräsentirt war, zu einem festen, seines gemeinsamen Ursprungs bewußten Ganzen zusammengehalten wurde. Der Sohn blieb unter der *potestas* seines Vaters bis zu dessen Tode, und keine hohe Stellung im Staate konnte ihn davon lösen; seine Kinder fielen zunächst nicht in seine Gewalt, sondern in die seines Vaters; Enkel und Enkelin verehrten ihren Großvater wie ihren leiblichen Vater, standen unter seinem Schutz und Schirm, unter seiner Herrschaft. Mit der Verheirathung trennte sich der Sohn, wenigstens in der alten Zeit, nicht von dem Hause seines Vaters; unter Einem Dache, an Einem Heerde, unter dem Schutze derselben Hausgötter lebte er mit ihm. Die Geschwisterkinder wuchsen in demselben Hause auf, und da sie alle unter der Gewalt ihres Großvaters standen, mußten sie sich als Geschwister einander nahe fühlen. So löste sich das Individuum erst spät von dem Stamme ab, dem es entsprossen war, und blieb auch dann noch in der natürlichen Verbindung mit ihm, als es schon begonnen hatte, seinem eignen Willen zu folgen. Die Römer verabscheuen die Ehe der Eltern mit den Kindern und der Geschwister unter einander, an Stelle der Eltern und Kinder aber stehen alle Blutsverwandte bis zum 4. Grade der Seitenlinie. (Auf denselben Kreis nächster Verwandten erstreckte sich der Begriff des *parricidium: fr. 1. D. de parr. 48, 9*). Daher sagt Paulus, sogar die Ehe mit der Urenkelin der Schwester sei untersagt, *quoniam parentis loco ei sum* (*fr. 39. D. de ritu nupt. 23, 2*). — Bei den Griechen herrschte, wenigstens in der uns bekannten Zeit, nicht jene strenge väterliche Gewalt, die Geschlechter zerfielen schneller in getrennte Familien mit selbständigem Willen, und die verwandten Individuen wurden leichter einander fremd. Deshalb finden hier nicht die Eheverbote wegen Verwandtschaft in der Ausdehnung statt, wie bei den Römern (s. Lasaulx Zur Gesch. u. Philos. d. Ehe bei den Griechen. S. 66.)

„Man würde aber irren, wollte man glauben, die Römer hätten gern außerhalb der weiteren Verwandtschaft geheirathet. Wie man einerseits die Ehe mit den nächsten Verwandten mied, so suchte man sie anderseits mit den entfernteren. Von dem ganzen höheren Alterthum gilt, was Augustin (*de civitate Dei 15, 16*) sagt: *Fuit autem antiquis patribus religiosae curae, ne ipsa propinquitas se paullatim propaginum ordinibus dirimens longius abiret et propinquitas esse desisteret, eam nondum longe positam rursus matrimonii vinculo colligare et quodammodo revocare fugientem.* Die große Wichtigkeit der Verwandtschaft mußte dazu auffordern, daß man sie durch immer neue Verbindungen immer fester zu schließen suchte. Wie in der Urzeit die Gemeinden sich auf sich selbst beschränkten, wie das Conubium Jahrhunderte lang in den

engeren Grenzen des Standes eingeschlossen blieb, so zog man sogar diesen Kreis noch enger, man suchte die Ehen mit denen, welche dieselben Ahnen, dieselben *Sacra* und denselben Namen hatten." —

Aus den Fällen der nähern Seitenverwandtschaft „wurde ein einziger, nämlich die Ehe mit des Bruders Tochter durch ein *Sctum* i. J. 49 erlaubt, als der Kaiser Claudius die Agrippina, die Tochter seines Bruders Germanicus, Wittwe des Domitius Ahenobarbus, heirathen wollte (*Tac. Ann. 12, 5—7*). Bis dahin galt eine solche Ehe als Incest (*Suet. Claud. 26*) und war noch nicht vorgekommen. Die Erzählungen der Schriftsteller und die das Factum begleitenden Umstände beweisen, daß es sich hier nicht um Abschaffung eines aus dem Bewußtseyn entschwundenen Gesetzes handelte, sondern um die Sanction unerlaubter Lust des Machthabers. Das sittliche Gefühl selbst einer so herabgekommenen Zeit war tief verletzt (*Senec. Oct. 141. 260*), und man scheute sich vor den Consequenzen, die das ganze System der Römischen Eheverbote untergraben hätten. Vielmehr blieb die Ehe mit dem *avunculus*, mit der *amita* und *matertera* zu allen Zeiten verboten und wurde als Incest bestraft (*Gai. 1, 62; Ulp. 5, 6*). Dagegen verstand es sich mit der Erlaubniß der Ehe zwischen Oheim und Bruderstochter von selbst, daß auch die Ehe zwischen Großoheim und Bruders Enkelin gestattet wurde, denn es galt der Grundsatz: *cujus filiam uxorem ducere non licet, neque ejus neptem permittitur* (*§ 3. J. de nupt. 1, 10*), woraus von selbst die positive Bestimmung folgt: *cujus filiam uxorem ducere licet, ejus neptem permittitur*. Ebenso mußte theoretisch auch die Ehe mit der Großenkelin des Bruders erlaubt seyn, wenn ein solcher Fall hätte vorkommen können. Das *Sctum Claudianum* bestand fast 300 Jahre lang, erst 342 wurde es durch Constantius und Constans aufgehoben (*l. 1. C. Th. 3, 12*). Unrichtig ist die Annahme, daß dies schon durch Nerva oder Diocletian geschehen sei. Das Verbot des Constantius und Constans wurde später noch einmal eingeschärft durch Zeno und Anastasius und so auch in die Sammlung Justinian's aufgenommen (*l. 2. C. si nuptiae 5, 8; l. 9. C. de inc. nupt. 5, 5*). Hiermit war consequentermaßen auch die Ehe zwischen Großoheim und Bruders Enkelin wieder untersagt (*§ 3. J. de nupt. 1, 10*).

„Das Eheverbot zwischen Geschwisterkindern wurde zur Zeit der Republik aufgehoben. Historisch nachweisbar sind Consobrinenehen seit dem 2. punischen Kriege; in dieser Zeit werden sie als ganz ehrbar angesehen (*Liv. 42, 34; Cic. pr. Cluent. 5; Plut. Brut. 13*). Die ganze Zeit der vorchristlichen Kaiser hindurch waren sie üblich (*fr. 23. D. de condit. instit. 28, 7; fr. 24. D. de concub. 25, 7*). Jedoch waren sie nicht häufig, wie Augustin (*de civ. Dei 15, 16*) bemerkt. Unter den christlichen Kaisern dagegen wurden sie bald verboten. Ein Gesetz darüber (mit Strafe des Feuertodes) erließ Theodos. M. (*Ambros. Epist. 6, 48*). Justinian stellte das Verhältniß, wie es vor Theodosius war, wieder her (*§ 4. J. de nupt. 1, 10*).

„Ob sich die Eheverbote der älteren Zeit noch auf weitere Grade

der Seitenverwandtschaft erstreckten? Klenze (Ueb. Cognaten und Affinen S. 17—24) bejaht, und seiner Ansicht sind Andere beigetreten. Er meint, ursprünglich seien auch die Ehen unter Sobrinen, d.h. unter den Großkindern der Geschwister, verboten gewesen. Wir glauben, mit Unrecht.“ —

Ueber die Ehehindernisse aus Affinität und Adoptivverwandtschaft vergl. Roßbach S. 435—444.

III.

Die Form der Ehescheidung.

Zu § **777**] Die *lex Julia de adulteriis* August's schrieb für willkürliche Ehescheidung eine bestimmte Formalität vor: *lex Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet* (*Ulp. 38, 11*), nämlich die Zuziehung von 7 Solennitätszeugen (*fr. 9. D. de divort. 24, 2*). Wenn es in der letztern Stelle von Paulus heißt: *septem civibus adhibitis, praeter libertum ejus, qui divortium faciet,* so sollte damit nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, gesagt werden, daß außer jenen Zeugen noch ein Freigelassener zugezogen werden solle, sondern: daß Freigelassene dabei nicht als Zeugen mitgerechnet werden sollten (*cf. Basil. 28, 7, 15*)*. „Im Allgemeinen schloß sich, wie es scheint, die *lex Julia*, indem sie als Form die Zuziehung von 7 Zeugen wählte, an das Vorbild der Testamentsform des prätorischen Edicts an. (Die durch die *lex Julia* vorgeschriebene Form verhält sich zu der Form der *remancipatio,* durch welche unter Zuziehung eines Fiduciars, *libripens* und von 5 Zeugen bei Trennung einer strengen Ehe die Manus aufgehoben wurde, in Beziehung auf die mitwirkenden Personen, wie die prätorische Testamentsform zu der Form des civilen *testamentum per aes et libram*). Während aber bei Testamenten kein Grund vorlag, Freigelassene des Testators vom Zeugniß auszuschließen, schien es hier, wo es gerade darauf ankam, einen Angeklagten an der Beweisung einer in Wirklichkeit gar nicht von ihm vorgenommenen Scheidung zu hindern, angemessen, diese bestimmte Classe von Menschen, die ein für alle Mal wegen ihrer Abhängigkeit von ihm verdächtig waren, für des Solennitätszeugnisses unfähig zu erklären, damit sie eben auch nicht fälschlich als Beweiszeugen vor Gericht beschwören könnten, als Solennitätszeugen fungirt zu haben.“ (Schlesinger Ueb. d. Form d. Ehescheidung bei den Römern, i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. 1866. S. 202).

Gewöhnlich wird angenommen, später, entweder schon vor Diocletian, oder durch ihn, sei an die Stelle der Form der *lex Julia* die Zusendung eines *libellus repudii* oder Scheidebriefs gesetzt worden. Allein Schlesinger (a. a. O. S. 203—5) hat gezeigt, daß *l. 6.* u. *8. pr. C. de repud.* (*5, 17*) jene Annahme nicht zu rechtfertigen, und daß die Behauptung von dem späteren Erforderniß eines Scheidebriefs ebenso unerwiesen sei, wie diejenige von der Abschaffung jener Formvorschrift

*) Ebenso steht *praeter in fr. 37. pr. D. de op. lib.* 38, 1 (*lex Julia et Papia*).

der *lex Julia*. „Für das Justinianische Recht hätte vollends ihre Geltung ganz zweifellos seyn müssen, da eben die *l. 9. D. de divort.* als Bestandtheil der Justinianischen Gesetzgebung so unzweideutig wie möglich redet. Also Zuziehung von sieben Solennitätszeugen, das ist die Form der Ehescheidung für das Recht der ganzen Zeit von Augustus bis auf Justinianus.“ *

Die bei einer Ehescheidung üblichen Worte anlangend, so ergibt sich aus Gaius in *fr. 2. § 1. D. de divort.* (*24, 2*): *In repudiis, i. e. renunciatione, comprobata sunt haec verba: Tuas res tibi habeto! item haec: Tua res tibi agito!* So lesen fast alle Handschriften, und die vereinzelte Lesart: *Tua res tibi, abeo — Tua res tibi, ago!* (Wächter Ueb. Ehescheidungen bei den Römern 1822. S. 111) entspricht schwerlich dem an imperativische Formeln gewöhnten und elliptischen Dunkelheiten abholden Sinn der Römer (s. Schlesinger a. a. O. S. 194).

XLVII. Kapitel.

Dos (Mitgift).

(Zu § 779-791)

I.

Zweck der *Dos*.

Zu § 782] Der Hausstand der Gatten ist ein gemeinsamer, und doch ist der Mann allein verpflichtet, für die Subsistenz desselben einzustehen. Diese Ungleichheit zu beseitigen oder zu mildern, wird immer ein Ziel menschlichen Strebens seyn. In der Zeit der Manusehe wurde dieses Ziel auf einfachstem Wege dadurch erreicht, daß Alles, was die *femina sui juris* selbst hatte, oder was die *filiafamilias* vom Gewalthaber zu diesem Behufe mitbekam, *ipso jure* mit der Eheeingehung in des Ehemanns Vermögen überging und so dem gemeinsamen Hausstand zugute kam. Was hier *ipso jure* geschah, mußte bei der Ehe ohne Manus auf dem Wege des Rechtsgeschäfts erzielt werden: dieses Rechtsgeschäft ist die Mitgiftsbestellung (*dotis constitutio*).

Dem Ehemann die Tragung der ehelichen Lasten zu erleichtern, ist der nächste und eigentliche Zweck der Dos; es ist aber selbstverständlich, daß, da Ehe und ehelicher Hausstand ein Lebensverhältniß von besonderer Tragweite sind, mit der Förderung derselben zugleich weitere Interessen befriedigt werden. Zunächst ist außer dem Manne selbst die Ehefrau dabei interessirt, daß auf solche Weise eine Subvention dem Ehemanne zufließt, denn des Mannes Wohlstand ist ja gleichfalls der Ehefrau Wohlstand, und die von Seiten der Ehefrau kommende Subvention gewährt dieser auch einen moralischen Rückhalt im Hause dem Ehemanne gegenüber. Nicht minder liegt eine solche Subvention im Interesse der gemeinsamen Kinder, denen der größere Wohlstand der Eltern

*) Hiernach ist, was im Cursus § 777 gesagt ist, zu modificiren.

gleichfalls zu Statten kommt. Endlich ist auch der Staat an dem Wohlstand der Ehen interessirt, nicht bloß weil dadurch dem Proletariat vorgebeugt, sondern auch weil durch die Aussicht auf Mitgift die wünschenswerthe Mehrung der Ehen erreicht wird.* Man kann diese Interessen der Ehefrau selbst, der Kinder und des Staats zu den entfernteren Zwecken der Dos mitrechnen, allein der nächste und eigentliche Zweck bleibt immer der Beitrag zu den *onera matrimonii*. Nur eine Gabe, die dies bezweckt, kann unter den Begriff der Dos fallen.

Ueber den Zweck der Dos ist noch zu vergleichen Bechmann d. Röm. Dotalrecht I. (Erlang. 1863) S. 33 ff. 106 ff. u. dagegen v. Scheurl in d. Münchner krit. Vierteljahrsschrift VI. (1864) S. 2 ff. u. Windscheid Pandektenrecht II. 2. S. 426. 427. (Anm. 4).

II.

Das Römische Dotalsystem.

Zu § **786**] Da der wirthschaftliche Zweck der Dos auf beide Theile des Ehepaars geht, so kann die Rechtsformel des eheweiblichen Einbringens offenbar keine ganz einfache seyn. Die Frage entsteht, welcher Art die Combination sei. Daß das Einbringen dem Ehemanne schlechthin verfalle, oder daß es schlechthin im Vermögen der Ehefrau verbleibe, und die Art der Verwendung dem Belieben des Einen oder Anderen ganz überlassen werde, würde nicht Lösung, sondern Durchschneidung des Knotens seyn: jenes würde unbillig, dieses würde unpraktisch seyn, denn wenn das Einbringen absolut mit ehemännlichem Vermögen verschwömme, so wäre die Frau dem Egoismus des Mannes preisgegeben, und wenn die Frau freie Herrin des Einbringens bliebe, würde die Einheit und Raschheit des Verwaltungswillens fehlen, die auch in privaten Vermögensverhältnissen oft gar nöthig ist.

Es wären nun folgende Gestaltungen des fraglichen Verhältnisses an sich denkbar: 1) die Frau (bez. ihr Gewalthaber) bliebe Eigenthümerin des Einbringens, und der Mann erhielte nur ein Forderungsrecht auf die Früchte gegen die Eigenthümerin; 2) oder der Ehemann erwürbe das Miteigenthum am Einbringen, so daß er und die Frau (bez. ihr Gewalthaber) zu Intellectualtheilen berechtigt wären; 3) oder das Einbringen verbliebe zwar im Vermögen der Frau, (bez. ihres Gewalthabers), aber der Ehemann erhielte an demselben das Recht des Nießbrauchs (*ususfructus maritalis*); 4) oder das Einbringen käme in das Vermögen des Ehemanns, aber so daß es da rechtlich geschieden bleibt vom ehemännlichen Privatvermögen, um es der Frau, welche die Ehe überlebt, zu wahren und an sie zurückkehren zu lassen. Von diesen vier Möglichkeiten ist offenbar der letzte Fall der praktisch einfachste, denn in ihm ist die Verwaltung ohne Weiteres in Eine Hand vereinigt und des Verwalters Handeln am wenigsten gehemmt. Wir könnten es

---

*) s. Cursus § 784 z. A.

das System der Centralisation nennen. Es entspricht dem energischen Sinn der Römer ganz besonders, aber es war überdies ein natürliches Ergebniß der geschichtlichen Entwicklung des Röm. Rechts.

Die Einsetzung des Ehemanns in das Eigenthum des eheweiblichen Einbringens ist nämlich im Grunde die historische Consequenz aus der Sitte der Manusehe, und der alte Dotalsatz: *dotis causa perpetua est** gleichsam nur die abgeschwächte Manus selbst: denn wie bei der Manusehe, erhielt in alter Zeit der Ehemann ohne Manus alles Vermögen der Frau, nur mit Ausnahme dessen, was von derselben bei Eingehung der Ehe reservirt oder erst nach Eingehung der Ehe erworben wurde, und diese Ausnahmen mögen immer nur eine sehr unbedeutende Rolle gespielt haben. Das Rechtsbewußtseyn, von der Manus ausgehend, würde einen Sprung gemacht haben, wenn es dem Ehemann Wenigeres, als das Eigenthum (am Einbringen), zugesprochen, wenn es ihn etwa nur zum Nutznießer erklärt hätte. Sprünge zu machen lag aber nicht in der Römischen Art, und es blieb auch später, als immer mehr das Interesse der Frau in den Vordergrund trat, dabei, daß der Ehemann als Eigenthümer galt. Auf diesem Standpunkt hat sich das Römische Recht erhalten, so lange es nicht fremden Einflüssen erlag. Das Princip des Römischen Dotalrechts liegt demnach in dem Rechtssatze, daß der Ehemann Eigenthümer und Herr der Dos ist, so lange die Ehe währt, und selbst nach Auflösung der Ehe wirkt diese Präponderanz des Ehemanns in einigen Momenten nach (s. Bechmann Röm. Dotalrecht I. S. 181. 184).

Erst in der nachclassischen Zeit werden wir einen stillen Zug nach dem System des *ususfructus maritalis* hin gewahr. Wie das meistens bei solchen späteren Umgestaltungen der Fall war, so wurde auch hier der erste Keim bereits durch Augustus gelegt. Dieser Keim ist die *lex Julia*, welche die Veräußerungsbefugniß des Ehemanns betreffs des *fundus dotalis* an den eheweiblichen Consens knüpft. Das ist der erste Schritt der Ehefrau in den Vordergrund der Scene des ehelichen Güterrechts. Aber wie das ebenfalls bei den Umgestaltungen dieser Art der Fall war, vorzugsweise Justinian hat dann diesen Faden weiter gesponnen, — freilich auch nur weiter, nicht zu Ende gesponnen. In der vielbesprochenen *l. 30. C. de jure dot.* (*5, 12*) weist er zwar dem Ehemann noch das Eigenthum an den Dotalobjecten zu, indem er sagt: *transitus rerum dotalium in patrimonium mariti videtur fieri* und *ad mariti substantiam pervenisse intelliguntur;* und demgemäß konnten die Titel *de jure dotium, de pactis dotalibus, de fundo dotali* und *soluto matrimonio* in die Digesten (*23, 3—5; 24, 3*) aufgenommen werden. Allein Justinian bemerkt selbst dazu, daß diese Auffassung doch eigentlich auf eine *legum subtilitas* hinauslaufe und mit der *naturalis ratio* in Widerspruch stehe. „Als Justinian die kritischen Worte niederschreiben ließ, da stand er an der Schwelle zu einer völligen

*) s. Cursus § 780.

Reform des Dotalsystems. Der Fundamentalsatz des classischen Rechts (?) hatte keinen Sinn mehr für ihn und seine Zeit, war zu einer *legum subtilitas* geworden; das System des *ususfructus maritalis* ist stillschweigend als das naturgemäße proclamirt. In einer Verordnung, nicht viel umfangreicher als die *lex un. Cod. de rei ux. actione,* hätte auf Grund dieses neuen Princips das System ausgeführt werden können, und für die Pandektentitel *de jure dotium* bis *soluto matrimonio* wäre dann kein Raum mehr gewesen. Diese Reform aber ist nicht vorgenommen worden, der Gesetzgeber hat sich mit allerlei Flick- und Stückwerk begnügt. Warum, wer möchte das zu entscheiden wagen?"* Bechmann I. S. 149; dazu I. S. 193. u. II. S. 468ff. Auf deutschem Boden ist dann das System des *ususfructus maritalis* ausgebildet worden.

XLVIII—L. Kapitel.

Außerordentliche Gewaltverhältnisse im Privatrecht.

(Zu § 792–805)

Zu § **803**] Die *patria potestas* ist im Römischen Recht das Urbild aller privatrechtlichen Gewaltverhältnisse.** Daß die *dominica potestas* ihr sich nachbildete, ist deutlich genug; aber auch daß die *manus* eine Spielart der *patria potestas* war, ist gezeigt worden. Eine Abschwächung der *manus* wieder ist die durch *coëmtio fiduciaria* begründete *manus;* der *concubinatus* stellt sich mehr neben die freie Ehe des *jus gentium.* Wie die *manus* eine Spielart der *patria potestas* genannt werden kann, so die *mancipii causa* eine Spielart der *dominica potestas,* und wenn der eine Zweck der *mancipii causa,* die Verpfändung des *in mancipio constitutus,* ins Auge gefaßt wird, kann neben und nach ihr die besondere Rechtslage des *auctoratus* und des *ab hostibus redemtus* aufgeführt werden. Endlich hat auch der *patronatus* sich bis in die spätesten Zeiten des Alterthums den Karakter eines persönlichen und ökonomischen Gewaltverhältnisses bewahrt. Von einigen interessanten Seiten dieses letztgenannten Verhältnisses soll hier noch besonders die Rede seyn.

Das Band, welches den Freigelassenen an seinen Patron knüpfte, galt von jeher als ein besonders kräftiges: *liberto* (*et filio*) *semper honesta et sancta persona* (*patris et*) *patroni videri debet* (*Ulp. fr. 9. D. de obsequiis 27, 15*)*;* der Freigelassene sollte dem Patron in keiner wichtigen Sache seine Dienste verweigern: *ingratus libertus est, qui patrono obsequium non praestat, vel res ejus, filiorumve tutelam administrare detrectat* (*Paul. fr. 19. D. de jure patronatus 27, 14*)*;* ja von den eigentlichen Huldigungsdiensten (*operae officiales*) ward gesagt: *natura operas patrono libertus debet* (*Jul.* und *Ulp. fr. 26. § 12. D. de cond. ind.*

*) s. Cursus § 977 z. A. **) Vergl. dazu Cursus § 358.

12, 6). Dennoch gab es auf solche Dienstleistungen keine Klage, wenn nicht eidliche Zusage oder Stipulation stattgefunden hatte.

Diese Huldigungsdienste bestanden theils in persönlicher Aufwartung im Hause des Patrons, oder persönlichem Ehrengeleite desselben, theils in Darbringung von Ehrengaben (*fr. 7. § 3. D. de operis libert. 38, 1*), welche sich nach den Familien- und Ortssitten richten mochten, theils auch in Leistungen aus dem Gebiete der persönlichen Kunstfertigkeit des Freigelassenen (*fr. 9. § 1; fr. 16. 27. D. eod.*). Dienstleistungen andrer Art mußten durch Stipulation zugesagt werden, um einen Anspruch darauf zu gewähren. — Man unterscheide:

1) *Impositio operarum* heißt der die Rechtspflicht begründende Act, welcher nicht vor, sondern nach der Freilassung geschehen muß (*fr. 7. § 2. eod.*).

2) *Indictio operarum*, d.h. Inanspruchnahme von Diensten. Der Freigelassene ist nicht ohne Weiteres zum Leisten verpflichtet und hat die Initiative des Patrons abzuwarten: *operae, quas patronus a liberto postulat, cedere incipiunt, posteaquam fuerint indictae* (*fr. 13. § 2; fr. 24. D. eod.*).

3) *Praestatio s. editio operarum*, d. h. die Ausführung der geforderten Dienste, wobei der Freigelassene nicht willkürlich verfahren darf, aber auch anderseits Billigkeit obwalten muß, denn z. B. da die *operae* als *diurnum officium* gelten, hat der Freigelassene sich erforderten Falls für den ganzen Tag zu Gebote zu stellen (*fr. 1. 3. § 1. eod.*); die Dienste sind allerdings dem Patron an dessen Wohnort zu leisten, und muß dorthin der Freigelassene, aber *sumtu et vectura patroni* und unter Anrechnung der Reisetage, sich begeben (*fr. 20. 21. eod.*). Uebrigens ist die Persönlichkeit des Freigelassenen zu berücksichtigen: *operarum editionem pendere ex aestimatione edentis; nam dignitati, facultatibus, consuetudini, artificio ejus convenientes edendas* (*Nerat. fr. 50. pr. eod.*).

4) *Revenditio operarum*, d. h. Dienstentbindung des Freigelassenen seiten des Patrons. Das war ein Act privater Ablösung, indem der Patron sich durch eine Summe entschädigen ließ (*fr. 22. § 1. D. eod.; fr. 53. pr. D. de V. S.; l. 4. C. de op. lib. 6, 3*). *Libertus, qui operarum obligatione dimissus est, atque ita* (?) *liberam testamenti factionem assecutus est, nihilominus obsequio verecundiae tenetur* (*Pap. fr. 41. D. de op. lib. 38, 1*).

5) *Petitio s. actio operarum* ist die Klage, welche der Patron nach eingetretenem Verzug (s. oben sub 2) gegen den Freigelassenen erhebt. Sie geht auf den in Geld abzuschätzenden Werth der versäumten Dienste: *nec patronis pro operis mercedem accipere licet, quamvis si indictae operae praestitae non sint, ad pecuniae exactionem obsequii non praestiti aestimatio convertatur* (*a. 225: l. 6. C. de operis lib. 6, 3*).

6) *Locatio operarum liberti* ist eine Ueberlassung der Dienste des Freigelassenen an einen Anderen gegen Entrichtung eines Miethgeldes; daß es auf den Gewinn eines Miethgeldes abgesehen sei, wird

nicht bei jeder Ueberlassung der Dienste an Andere angenommen, sondern die Umstände entscheiden (*fr. 25. D. de op. lib. 38, 1*). Die völlige Ueberweisung oder Abtretung der Dienste an einen Andern, namentlich den Gläubiger, um diesem an Zahlungs-Statt zu seyn, heißt *delegatio liberti*, wenn sie durch ein selbständiges Versprechen des Freigelassenen an den Anderen bestätigt wird (*fr. 37. § 4. eod.; fr. 1. § 10. D. quar. rer. actio 44, 5*); eine solche verpflichtet den delegirten Freigelassenen nur in Ansehung der *operae artificiales* (*fr. 26. § 12. D. de cond. ind. 12, 6*). Von dieser Delegation ist die *assignatio liberti* zu unterscheiden, welche sich nicht auf das *jus operarum*, sondern auf das patronatische Erbrecht bezieht: *interdum operarum manet petitio, etiamsi jus patroni non sit; ut evenit in fratribus ejus, cui assignatus est libertus* (*Paul. fr. 51. D. de op. lib. 38, 1*). —

Exceptio onerandae libertatis causa. Zu den in älterer Zeit beliebten Mitteln, Freigelassene für Zeit ihres Lebens in strengster Unterwürfigkeit zu halten, gehörte auch, daß man sich bei der Freilassung — neben den herkömmlichen *operae, dona et munera* — lästige Strafleistungen für den Fall ungebührlichen Benehmens zusichern ließ. Solche Auflagen geschahen hauptsächlich in Augenblicken der noch ganz frischen Sklavenfurcht, d. h. gleich nach der Freilassung, und konnten leicht zu allerhand Mißbräuchen führen, die auch nicht ausblieben. Auflagen dieser Art wurden daher, nachdem mancherlei Schritte während des letzten Jahrhunderts v. Chr. zur Milderung des Zustandes der Freigelassenen vorausgegangen waren, endlich im prätorischen Edict ganz untersagt, und die Freigelassenen gegen jede solche *oneratio libertatis* mit einer *exceptio* geschützt (*fr. 1. § 5. 6; fr. 2. § 2. D. quar. rer. act. 44, 5*). Vergl. Ad. Schmidt d. Pflichttheilsrecht des Patronus u. s. w. (Heidelb. 1868) S. 6. 9—12.

Vierter Abschnitt.

Das Erbrecht.

LI. Kapitel.

Das Princip der Römischen Erbfolge.

(Zu § 806-811)

I.

Erbrechtliche Grundideen.

Zu § **809**] In der Erbfolge des Römischen Rechts summirt sich gewissermaßen das ganze Privatrecht der Römer. Der Römer zog im

Testiracte die Summe seines Lebens. Dieser Bedeutung entspricht auch die Theorie des Erbrechts, denn im Erbrecht sammelt sich — so kann man sagen — Alles, was zuvor einzeln im System dargestellt worden, zu einem geschlossenen Bild, und die Theorie des Erbrechts summirt die Theorie des Privatrechts. Die Ideen der Universal- und der Singularsuccession, der dinglichen und obligatorischen Rechte, der Contracts- und Delictsobligationen, Interdicte, Cautionen und Besitzeinweisungen treffen hier zusammen; in der Repräsentation des Erblassers durch den Erben spiegelt sich die Vermögensgewalt unter Lebenden, denn diese ist eine Universalrepräsentation, und jene ist eine Universalsuccession; Alles muß im Gedränge der mannichfaltigen Bestandtheile einer *hereditas* von Neuem die Probe seiner theoretischen und praktischen Haltbarkeit bestehen.

Wenn es wahr ist, daß das Selbstbewußtseyn des persönlichen Geistes in dem Gedanken der Unsterblichkeit gipfelt und darin eigentlich überhaupt erst zur Ruhe kommt: so kann auch die Grundidee der Römischen Erbfolge als die Gipfelung des privatrechtlichen Selbstbewußtseyns des Römers bezeichnet werden, denn es war Römische Nationalanschauung, daß der *paterfamilias* in seiner *familia relicta* fortlebe, und nicht mit Unrecht hat man die Idee der erbrechtlichen Repräsentation des Erblassers den civilistischen Unsterblichkeitsglauben der Römer genannt. Es ist eine Anschauung, die sich bei jeder energischen Persönlichkeit wiederholt, daß der in ihr zusammengehaltene Vermögenskreis sich fortsetzen müsse in einer an die Stelle des Abscheidenden einrückenden Persönlichkeit. Hierdurch wird die zeitliche Schöpfung gewissermaßen zu einer dauernden, während den alternden Menschen unausweichlich das Gefühl vergeblichen Strebens beschleicht, wenn er ohne Nachkommenschaft, ohne Erbfamilie, mit der Aussicht zu Grabe geht, daß seine Hinterlassenschaft zerfallen, Niemandem recht zu Gute oder in die Hände solcher kommen werde, welchen der Gedanke fremd ist, daß sie mit dem Vermögen des Erblassers auch dessen Geist überkommen. Der Wunsch, in seinen Erbfolgern fortzuleben und von ihnen gewissermaßen fortgesetzt zu werden, ist ein allgemein menschlicher, und je energischer der Geist einer Nation ist, um so nationaler wird auch jene Idee des Erbrechts seyn. Darum war das Testament der normale Lebensabschluß eines mündigen Römers und der primäre, ja prototypische Delationsgrund der Erbfolge; es war die höchste Selbstbethätigung des Römers, der so sich selbst den Grund seiner idealen Fortpflanzung legte.

Das Testament war ein juristischer Collectivact, ein Rechtsgeschäft im eminenten Sinn, sowohl was den Umfang, als was die Tragweite des Geschäftswillens anlangt. 1) Ein Testament umfaßt das Ganze des Vermögens, die gesammte ökonomische *familia:* es ist ein Universalact. 2) Es ist ein Willensact, welcher seine Wirkungen über das Lebensende des Subjects hinaus, weit hinaus ins Unbestimmte äußert. 3) Es kann seine Wirkungen unmittelbar auf eine Mehrheit von Personen neben

und nacheinander erstrecken, und diese Wirkungen treten zum Theil selbst ohne Wissen und Willen der Betheiligten ein. So ist der Testiract derjenige Act, welcher unter allen Privatacten einem gesetzgeberischen Acte am nächsten kommt und den Privatmann auf dem Gipfel seines privatrechtlichen Daseyns zeigt.

II.

Die Geschichte der *bonorum possessio.*

Zu § **811**] In Betreff der Geschichte des Systems der prätorischen Erbfolge sind es namentlich zwei Momente, auf deren Aufhellung es ankommt: 1) in welcher rechtlichen Erscheinung ist der Keim der *bonorum possessio* zu suchen? und 2) in welcher Aufeinanderfolge mögen die einzelnen Theile des prätorischen Edicts über Erbfolge ausgebildet worden seyn?

Zu 1) Ursprung der *Bonorum Possessio.* Seit der ersten anregenden Arbeit über die Geschichte dieses interessanten prätorischen Rechtsinstituts, welche Hugo in seiner *Diss. de bonorum possessionibus* (Halle 1788) *§ 23.* lieferte, sind viele verschiedene Ansichten über diese Frage laut geworden. Unter diesen haben den wenigsten Beifall gefunden die von Hugo und von Niebuhr aufgestellten Ansichten.

Noch nicht in der angeführten Dissertation, aber in seiner Römischen Rechtsgeschichte (11. Ausg. S. 238) stellt Hugo mit wenigen Worten die Hypothese auf, die *bonorum possessio* sei ursprünglich die Form gewesen, unter welcher den Fremden in Rom vom *Praetor peregrinus* eine Art Erbrecht zugestanden wurde, so daß also die Rechtssätze über die *bonorum possessio* erst aus dem Edicte jenes Prätor in das des *Praetor urbanus* gekommen seien. Gegen diese Ansicht ist schon v. Löhr (in s. Magaz. III. S. 251) mit Recht eingewendet worden, daß mit ihr die Beschränkung auf Römische Bürger und auf solche, welche die *testamenti factio* und *capacitas* haben, ganz unvereinbar sei.

Niebuhr (Röm. Gesch. II. S. 173), nachdem er seine in Verständigung mit von Savigny ausgebildete Ansicht über den precären Besitz des *ager publicus* seiten der begünstigten Bürger und über die daher geleitete Entstehung der possessorischen Interdicte dargelegt hat, macht davon weiter eine Anwendung zur Erklärung des Ursprungs der *bonorum possessio,* welche anfänglich nichts weiter, als eine Succession in die Possession des *ager publicus*, gewesen sei. „Eine geringe Vergegenwärtigung der Verhältnisse genügt, um zu überzeugen, daß eine Erbschaft nur Eigenthum befassen, daß namentlich ein Testament durch Mancipation den Besitz niemals enthalten und übertragen konnte. Ohne Hülfe des Staats wäre er bei jedem Todesfall erledigt gewesen, und hätte dem ersten, der sich seiner bemächtigen wollte, offen gestanden: aber dieselbe höchste Gewalt, welche ihn ursprünglich verliehen hatte, gegen Beeinträchtigung schirmte, verlieh ihn dem Erben, der dann ihren Schirm gleich seinem Vorgänger anrufen konnte. Der

Prätor gab die Possession des Grundstücks dem, der es, wenn es Eigenthum gewesen wäre, nach Landrecht oder dem letzten Willen des Verstorbenen, als Erbe angesprochen haben würde: weil aber der Staat über sein Eigenthum frei verfügen konnte, so war auch die Obrigkeit nicht nur durch die Regeln des gesetzlichen Erbrechts nicht streng gebunden, sondern sie konnte auch von den letztwilligen Verfügungen abweichen, die über diese Gegenstände nur als Wunsch galten. Billigkeit und Verständigkeit durften sie bestimmen; also jeden Prätor, wie er sie erkannte; und einer konnte hierüber ganz anders verordnen, als seine Vorgänger. Eine Magistratur, die es sich hätte anmaßen dürfen, ein Erbrecht einzuführen, wodurch das gesetzlich bestehende untergraben werden sollte, ist eine Monstrosität, welche kein verständiger Mann, sobald er sich die Sache verwirklicht denkt, für möglich halten kann. Wenn aber über die Nutzung des Eigenthums der Republik, welches ganz außerhalb der Gesetzgebung lag, ein System sich festgestellt hatte, und diese Nutzung einen so großen Theil alles Vermögens ausmachte, wie es zwischen dem hannibalischen Krieg und dem Sempronischen Gesetz der Fall war: wenn das Eigenthum in den zugewandten Ländern und Provinzen, welches auch nicht unter das Erbrecht der XII Tafeln gehörte, derselben gleichgestellt ward; — so bildete sich durch Gewohnheit ein Erbrecht, dessen allmähliche Ausbreitung zum Nachtheil des gesetzlichen gar nicht mehr befremden kann. Es mögen äußerst wenige Verlassenschaften, über das Maß der Dürftigkeit, eröffnet seyn, wo das Erbrecht genügt hatte, das Eintreten des Prätors entbehrlich gewesen wäre." — Gegen diese geistreiche Hypothese spricht nicht bloß, daß für sie nicht der geringste positive Rückhalt in den Quellen gefunden wird, sondern auch, daß das Possessionsverhältniß der Patrizier unmöglich so flüssig und der *cognitio Praetoris* untergeben gedacht werden kann, als es in jener Darlegung erscheint, und mit Recht bemerkt Danz (Lehrb. d. Gesch. d. R. R. II. S. 45) außerdem dagegen: „daß auf diese Weise eine Successionsart, die wesentlich nur die Patricier berührte, gerade mit dem Verschwinden dieses Standes und der ursprünglichen Verhältnisse für alle Römischen Bürger und unter ganz veränderten Verhältnissen ihre eigentliche Ausbildung erhalten haben soll."

Fabricius setzt in einem ganz anderen Punkte ein. Schon v. Löhr (in s. Magazin f. Rechtswiss. u. Gesetzg. III. 1820. S. 250ff.) hatte sich gegen die Annahme, daß die *bonorum possessio* von vornherein ein selbständiges System der Universalsuccession gewesen sei, erklärt, indem er sie aus einer dem Civilerben gewährten *missio in possessionem* hervorgehen ließ. Hier anknüpfend hatte dann J. H. Dernburg (Beiträge z. Gesch. d. Röm. Testamente. Bonn 1821. S. 186—204) ausgeführt, daß bei Streitigkeiten um eine Erbschaft häufig die Beweisführung des Erbanspruchs, namentlich des Suitäts-, bez. Agnationsverhältnisses, eine verwickelte und langwierige war, und dabei die Gefahr entstand, die Frist der *usucapio hereditatis* könnte inmittels verstreichen,

und so der Gegner definitives Recht erlangen, der Kläger also nun trotz seines Siegs im Proceß leer ausgehen; der Prätor habe daher edicirt, „daß er demjenigen einstweilen den Besitz der Erbschaftssachen geben werde, der ihm bloß die Proximität seiner Verwandtschaft mit dem Erblasser darthun werde, ohne noch vor der Hand nach dem Fortbestehen des Agnations- und Suitäts-Verhältnisses zu fragen. Die weitere Erörterung des civilrechtlichen Verhältnisses wurde jetzt, mit veränderten Parteirollen wegen des veränderten Besitzstandes, *ad separatum* in das Petitorium verwiesen“ (S. 196). Dann hatte Francke (d. Recht d. Notherben u. Pflichttheilsberechtigten. Gött. 1831. S. 97. 105), gleichfalls an jener Bemerkung v. Löhr's anknüpfend, die Ansicht angedeutet, der Prätor habe für die Vindication von Erbschaften in dem *interdictum quorum bonorum* ein Rechtsmittel für die vorläufige Regulirung der *bonorum possessio* aufgestellt, und dieses hätte dem Erben auch gegen den *pro herede* Usucapirenden nützlich seyn können. Diese Ansicht wurde ausführlich zuerst von Fabricius (Histor. Forschungen im Gebiete des R. R. 1. Heft: Ursprung und Entwicklung der *Bonorum Possessio* bis zum Aufhören des *ordo judiciorum privatorum.* Berl. 1837. S. 17—45) begründet. Er verweist auf den eigentlichen Begriff von *possessio,* welcher in Anwendung auf Erbschaften den Besitz eines Erbschaftsganzen bedeutet habe (Labeo in *fr. 3. § 1. D. de B. P. 37, 1*), und auf die Analogie der *hereditatis petitio* mit der *rei vindicatio;* hiernach sei, gleichwie bei letzterer, so auch bei ersterer das Bedürfniß einer Ordnung der *vindiciae* für die Zeit des petitorischen Processes entstanden, allein dieses Bedürfniß mußte bei der *hereditatis petitio* nach anderen Gesichtspunkten befriedigt werden; es lag nahe, hier nicht zum Besten des *sine vitio* Besitzenden, sondern dessen, „welcher nach der ersten oberflächlichen Beurtheilung das beste Recht für sich zu haben schien,“ die Vindicien zu entscheiden. „Der Prätor edicirte also: Wenn über Erbrechte gestritten wird, so will ich die Vindicien zunächst dem ertheilen, der mir ein der äußern Form nach gültiges Testament des Erblassers, worin er zum Erben eingesetzt worden, vorzeigen wird; sobald aber kein Testament vorliegt, demjenigen, welcher nach Intestaterbrecht zur Succession berufen ist. Ein solches Edict nun halte ich für den Ursprung unserer *bonorum possessio.*“ Die Hauptstütze für seine Ansicht findet Fabricius in *Cic. in Verr. II, 1. c. 44—46.*

Diese auch von Danz (Lehrb. d. Gesch. d. R. R. II. S. 48) vertretene Ansicht hat das gegen sich, daß von da aus nicht ersichtlich ist, wie die *bonorum possessio* zu einem selbständigen Erbsystem werden konnte, was sie bereits in Cicero's Zeit war (s. Huschke in Schneider's krit. Jahrbb. 1839. S. 6ff. und Leist d. *B. P. I.* S. 127). Nach dieser Ansicht wollte der Prätor eigentlich nur das civilrechtliche Resultat des Erbstreits anticipiren, allein im Sinn der ausgebildeten *bonorum possessio* liegt der Gedanke einer Correctur und Ergänzung des Civilrechts. Stützpunkte könnten vielleicht für die Fabricius'sche Ansicht noch in dem *pignus praetorium* mit *bonorum possessio* und präto-

rischer Universalsuccession (an den *bonorum emtor*) im Fall des Concurses, ferner in der *bonorum possessio decretalis,* sofern diese auch auf provisorische Besitzregulirung abzweckt, endlich in dem Umstand gefunden werden, daß die *bonorum possessio* in dem System des materiellen Rechts keinen besonderen Platz erhielt (Leist Versuch einer Geschichte der Römischen Rechtssysteme; Rost. 1850. S. 60. 88).* Nichtsdestoweniger empfiehlt sich eine andere in neuerer Zeit vorwiegend vertretene Ansicht weit mehr, eine Ansicht, welche gleichfalls an der *pro herede usucapio,* aber in anderer Weise, als dies von Dernburg beiläufig angedeutet wurde, anknüpft. Zuerst ist dieser Anknüpfungspunkt grundsätzlich von v. Savigny (Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. V. 1825. S. 14ff.), dann (freilich in theilweise sehr abweichender Art) von Huschke (ebend. XIV. S. 157ff. 204ff. und in Schneider's krit. Jahrbb. 1839. S. 11ff.), Bachofen (Ueb. d. *lex Voconia.* 1843. S. 66ff.), Leist (d. *B. P.* Bd. I. S. 51ff.), Hingst *Comment. de B. P.* (*Amstell. 1858. p. 108 sq.*) und Köppen (System des heut. röm. Erbrechts. I. S. 24) benutzt worden. Ich denke mir die Entwicklung im Wesentlichen so.

Wenn der berufene Erbe nicht alsbald die Erbschaft antrat, so war dieselbe der Occupation offen. In solchen Fällen wird meistens irgend ein andrer dem Verstorbenen Nahestehender, sei es ein (nicht berufener) Agnat oder Cognat, in der Lage gewesen seyn, zuzugreifen, und es vollzog sich auf diesem Wege der Erbgang ganz naturgemäß, wenn auch in der der Idee nach rohen Weise einer Occupation und Usucapion. Allein es konnte geschehen, daß ein nur sehr entfernt Verwandter oder ganz Fremder sich vordrängte und einmischte. Die Sache kam dann vor den Prätor. Dasselbe geschah, wenn mehrere Verwandte unter einander um den Besitz des Nachlasses stritten. Der Prätor mußte hier, wenn die Priorität der Occupation zweifelhaft war, gewisse Grundsätze befolgen, nach denen einem der Streitenden der Vorzug zu geben sei. Weiterhin aber konnte er sich auch des Gedankens nicht erwehren, daß die bloße rohe Occupationsmaxime unbillig und eine Rücksicht auf die Familienzugehörigkeit der Imploranten geboten sei. Das Interesse der Götter an den *sacra* und der Gläubiger an ihrer baldigen Befriedigung aus dem Nachlaß mußte den Prätor bei seinen Reformversuchen, die eine rasche und billige Erledigung der Erbgangsfrage bezweckten, wesentlich stärken. Immer entschiedener widersprach jene freibeuterische Idee der alten *pro herede usucapio* den zarteren Rechtsanschauungen der neuen Zeit, und so ward allmählich der von diesem Institut des Civilrechts ausgefüllte Raum von einem neuen System besetzt. Dieses System war das prätorische Institut der *Bonorum Possessio.* — Jenes Rechtsinstitut der alten *pro herede usucapio* war einer groben und rohen Masse zu vergleichen, welche nun unter der Hand des Prätor juristisch articulirt und gleichsam civilisirt wurde, und daher, wenn

*) s. oben Excurse S. 262.

irgendwo, so wäre hier jener Marcianische Ausspruch am Platze, daß das *jus honorarium* die *viva vox juris civilis* sei.

Leist hat ausgeführt, die *bonorum possessio* sei zunächst bestimmt gewesen, den Mängeln der alten *pro herede usucapio* in der Weise abzuhelfen, daß nun die *successio* nicht mehr jedem Beliebigen offen stehen sollte, sondern den späteren *Ordines* des Civilrechts angeboten wurde; die Idee des *edictum successorium* also sei es im Wesentlichen gewesen, welche den Prätor zur Schöpfung des Systems der *bonorum possessio* getrieben habe. Auch Hingst nimmt an, der Prätor habe zu allererst bezweckt, das freie Belieben des ersten Zugreifers zu beschränken und gewisse Grundsätze für das Recht des Zugreifens festzustellen, wofür die äußerliche Ordnungsmäßigkeit des Testaments, bez. der einfache Intestaterbtitel genügen sollte. Es scheint mir, daß diese Ansichten sich im Grunde vereinigen lassen und in der oben gegebenen Darstellung vereinigt sind, welche nur das Besondere hat, daß sie das Interesse der Cognatenschaft von vornherein mit in den Vordergrund stellt. Mit Recht ist dieses Moment von Köppen (a. a. O.) ganz besonders betont.

Zu 2). Die weitere Entwicklung der *bonorum possessio* anlangend, so scheint es nahe zu liegen, die Reihenfolge, in welcher im prätorischen Edict die Delationsgründe aufgeführt waren, auch als die Aufeinanderfolge ihrer geschichtlichen Entwicklung zu verstehen; der Prätor nun handelte zuerst von den Fällen eines vorhandenen Testaments und danach von der Intestaterbfolge: *Posteaquam Praetor locutus est de bonorum possessione ejus, qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et Lex XII tabb. secuta est; fuit enim ordinarium, ante de judiciis testantium, deinde sic de successione ab intestato loqui* (*Ulp. fr. 1. pr. D. si tabulae test. 38, 6*). Wenn dann hinzugefügt wird: *ita autem ab intestato potest competere bonorum possessio, si neque secundum tabulas, neque contra tabulas bonorum possessio agnita sit* (*fr. 1. § 2. D. eod.*): so könnte daraus die prioritätische Stellung der *bonorum possessio secundum tabulas* im Edict vermuthet werden; doch sagt Ulpian ausdrücklich das Entgegengesetzte: *Aequissimum ordinem Praetor secutus est; voluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, judicium defuncti sequendum* (*Ulp. fr. 2. pr. D. de B. P. s. t. 37, 11*). Die hiernach sich ergebende Reihenfolge im Edict wird bestätigt durch die Stellung der drei Vocationsgründe in den Digesten: 1) *Bonorum Possessio contra tabulas* (*Dig. 37, 4*) — 2) *Bonorum Possessio secundum tabulas* (*Dig. 37, 11*) — 3) *Bonorum Possessio intestati* (*Dig. 38, 6—11*), sowie durch die Aufführung in *§ 3. J. de B. P.* (*3, 9*). Vergl. Rudorff *De jurisdictione Edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt* (*Lips. 1869*) *p. 141.* Es ist aber schwerlich anzunehmen, daß diese Reihenfolge im Edict der Abdruck eines geschichtlichen Processes sei, vielmehr mag darin das praktische Verhältniß der drei Vocationsfälle, wie es sich im Leben darstellte, wahrgenommen werden. Die erste Frage war für den

Prätor, welcher von einem Agnoscenten angegangen ward, immer die, ob ein Testament errichtet worden, ob gegen dasselbe, dann ob auf Grund des vorhandenen Testaments —, und zuletzt erst, ob in Ermangelung eines Testaments die *bonorum possessio* agnoscirt werde. Dieses natürliche Verhalten im concreten Fall, in Verbindung mit der alten aus den XII Tafeln stammenden Priorität des Testaments vor der *lex*, begründete die Reihenfolge im Edict. Die geschichtliche Aufeinanderfolge in der Entwicklung der einzelnen Partien der *bonorum possessio* muß unabhängig von jener Edictsfolge ermittelt werden.

Aus allgemeinen Gründen nun empfiehlt sich zunächst die Annahme, daß die *B. P. c. t.*, welche im Edict die erste Stelle einnahm, in der Geschichte zuletzt zur grundsätzlichen Ausbildung gelangte, denn das Wagniß eines Angriffs auf den letzten Willen, dieses Heiligste eines Römers, konnte dem Prätor wohl erst dann in den Sinn kommen, als sein neues System bereits in anderen Partien festen Boden gefunden hatte. Die *bonorum possessio secundum tabulas* und diejenige *sine tabulis* mögen wohl ziemlich nebeneinander und gleichzeitig sich entwickelt haben. In welcher Weise aber im Einzelnen dies geschah, darüber gehen die Ansichten weit auseinander, und der stringenten Beweismittel liegen in den Quellen so wenige vor, daß auf ein bestimmtes Geschichtsbild verzichtet werden muß.* Hingst (a. a. O. im 3. Abschnitt) ist der Ansicht, daß die *bonorum possessio unde cognati* schon vor Cicero's Zeit eingeführt gewesen sei, und von der *bonorum possessio unde vir et uxor* hält er dasselbe wenigstens für wahrscheinlich, während er die Ausbildung der *bonorum possessio contra tabulas* und der *bonorum possessio unde liberi* in die Zeit nach Cicero verlegt; er stimmt in Betreff dieser Zeitannahmen im Großen und Ganzen mit Leist (a. a. O. I. S. 136. 137) überein. Eine frühere Entstehung der *bonorum possessio contra tabulas* ist Ad. Schmidt (das formelle Recht der Notherben. Leipz. 1862. S. 66) anzunehmen geneigt.

LII—LIV. Kapitel.

Allgemeines über erbrechtliche Succession.

(Zu § 812-861)

I.

Das Princip der Universalsuccession und die Entstehung der Testamentsidee.

Zu § 812] An und für sich kann es gedacht werden, daß der Nachlaß eines Verstorbenen entweder als Einheit, bez. als ideeller Bruchtheil einer solchen — oder daß er in seine einzelnen reellen Bestandtheile aufgelöst auf die Rechtsnachfolger übergeht. So lange Forde-

*) Vergl. dazu Kuntze in der Münchner krit. Vierteljahrschrift IX (1867) S. 548.

rungen und Schulden keine Rolle im Verkehr spielen, scheint es an einem rechtlichen Interesse zu fehlen, eine Unterscheidung dieser Fälle festzustellen, denn es könnte davon höchstens die Frage abhängen, ob, wenn mehrere Miterben da sind, der Nachlaß zu ideellen Theilen unter sie zur Vertheilung komme, oder ob er in einzelne reelle Partien zu zerlegen und so zu vertheilen sei. Letzteres war z. B. im germanischen Recht der Fall, wo das Stammgut, das Lehngut, die Gerade (d. h. das der weiblichen Pflege und Verwaltung untergebene Mobiliar), das Heergeräth (Rüstung u.s.w.) und das Mustheil (Speisevorrath) nach besonderen Grundsätzen, bez. an verschiedene Personen sich vererbte (s. v. Gerber System d. deut. Privatr. § 248).

Allein sobald Forderungen und Schulden wichtig werden, muß der Nachlaß als ein Vermögensganzes Gegenstand der Erbfolge seyn, wenn eine solche überhaupt durchgeführt werden soll, denn Schulden hängen ihrem Begriff nach an der im Vermögensganzen repräsentirten Person des Schuldners als negative Vermögenswerthe, als Subtractionen des Vermögensbetrags. Von da an bildet die Universalsuccession nothwendig die Basis aller Erbfolge, und wenn daneben Singularsuccession anerkannt wird, so kann dies immer nur auf jener Basis geschehen. Auf der Stufe des cultivirten Rechtslebens bildet die Singularsuccession nicht ein Seitenstück der Universalsuccession, sondern nur ein abgeleitetes und bedingtes Successionsrecht.

Wir könnten demgemäß denken, daß in ältester Zeit Rom — das patricische Rom — noch kein Bedürfniß der Universalsuccession gehabt haben würde, wenn nicht *Sacra* auf der *familia* ruhten. Eigentliche Schuldverhältnisse im spätern Sinn waren unzweifelhaft jener ältesten Zeit fremd, aber die *Sacra,* welche den Göttern gebührten, ruhten wie Familienschulden auf dem Familiengut; in diesem Verhältniß liegt der Keim des so bedeutungsvollen Rechtsbegriffs der Universalsuccession. Auch hier, wie an vielen Punkten des altrömischen Rechts, werden wir gewahr, wie dasselbe ursprünglich im Schoß des *fas* befangen lag, und die Abtrennung aus diesem Schoße ein sich nur langsam vollziehender Proceß des Volkslebens war. Rom verdankt den Rechtsbegriff der Universalsuccession den patricischen Sacraltraditionen, dieser Begriff ist der Beitrag der Patricier zu den Fundamenten des Römischen Erbsystems. Es ist schwer einzusehen, wie ohne jenen geheiligten Ausgangspunkt die Römer zu diesem Rechtsbegriff gelangt wären, und jedenfalls würde ihnen nicht diese frühe Durchbildung, vollendete Abklärung und präcise Concentrirung gelungen seyn, welche wir an ihrem auf solchem Fundament ruhenden System des Erbrechts bewundern. Von dem profanen und bürgerlichen Standpunkt der Plebs aus kam dem Römischen Recht ein anderer Impuls zu: die Idee des Testaments. So wenig jenes sacrale Element den Plebejern verdankt worden seyn kann, ebensowenig das letztwillige Element den Patriciern, denn es mußte diesen als ein profaner, ja monströser Gedanke erscheinen, daß ein einzelner *paterfamilias* auf seine eigene Hand

familia, das Testament im eigentlichen und vollen Sinn, anerkannt wurde, und daß das Mancipationstestament die erste Stufe des vollen Testirrechts war.

II.

Reste des altpatricischen Familienprincips im Erbrecht.

Zu § **833**] Der Gedanke, daß die *familia* eine Schöpfung des *paterfamilias,* und er daher auch Herr über das Schicksal derselben nach seinem Tode sei, daß also der Erbe, der den Erblasser dann zu repräsentiren hat, was er von diesem erhält, auch durch ihn erhalte, — ist ein Gedanke von ungemeiner Energie. Ist er einmal im Rechtsbewußtseyn des Volks zum Durchbruch gekommen, so kann ihm das Princip der naiven Familienordnung nicht auf die Dauer widerstehen. Wie ein durchbrochener Damm erliegt das alte Princip dem heftigen Strome Stück für Stück, und bald stehen die Reste wie Ruinen da.

Im Großen und Ganzen herrscht in der geschichtlich aufgehellten Zeit des Römischen Rechts der letztwillige Delationsgrund über dem gesetzlichen vor; dieser gilt nur als der subsidiäre, der Erblasser heißt gewöhnlich schlechthin *testator,* die gesetzliche Erbfolge *successio ab intestato;* die Principien der testamentarischen Erbfolge werden maßgebend für das ganze System des Erbrechts. Der testamentarischen (Vulgar-) Substitution ahmt die gesetzliche *graduum successio* des prätorischen Edicts, der *Quarta Falcidia* bei Testamenten ahmt der gesetzliche Pflichttheil der Querelberechtigten nach. Die erbrechtliche Singularsuccession ist nur im Bereich des Testaments zur vollen Ausbildung gelangt, während sie im Bereich des gesetzlichen Erbrechts nur schüchtern und verdeckt auftritt.* Alle schöpferische Freiheit des Rechtssinns der Römer scheint sich auf das Gebiet der letztwilligen Erbfolge geworfen zu haben; hier treffen wir eine außerordentliche Mannichfaltigkeit von Gestaltungen, gegen welche die karge Einfachheit der Intestaterbfolge beträchtlich absticht.** So spielt selbst noch in der classischen Zeit das Intestaterbrecht im Leben und in der Theorie der Römer eine untergeordnete Rolle, und in dieses System ragen jene Reste des ältesten Rechts eben nur wie Ruinen herein.

Der interessanteste dieser Reste ist das System der *sui heredes,*† worüber Gaius (*2, 157*) sagt: *Sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum; necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.* Wir treffen denselben Gedanken außerdem öfters an. So sagt Ulpian *largius tempus parentibus liberisque petendae bonorum possessionis tribuitur, in honorem sanguinis videlicet, quia arctandi non erant, qui*

*) s. Cursus § 832. **) s. unten Excurse zu Kap. 56—60. No. II. †) s. Cursus § 850.

paene ad propria bona veniunt (fr. 1. § 12. D. de success. ed. 38, 9): also auch dem Prätor schwebte dieser Gedanke vor, welcher bei Gaius in folgender Anwendung wiederkehrt: *paternos libertos recte videmur dicere nostros libertos (fr. 58. § 1. D. de V. S.)*, und von Paulus nicht bloß in *fr. 11. D. de lib. inst. (28, 2)*,* sondern auch sonst mehrfach bestätigt wird; z. B. wenn er sagt: *In suis heredibus adeo a morte testatoris rerum hereditariarum dominium continuatur, ut nec tutoris auctoritas pupillis, nec furiosis curator sit necessarius (Sent. rec. 4, 8. § 6) — Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen iis inductum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt: aequissimum existimatum est, eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum, ne alieno admisso graviorem poenam luerent, quos nulla contingeret culpa (fr. 7. D. de bon. damnator. 48, 20)*.

In dieser Weise tauchte eine Anschauung, welche durch das Uebergewicht des Testaments niedergedrückt in der Intestatsuccession immer nur subsidiär zur Geltung kam, an einzelnen Stellen auf; die sorgfältige Ausbildung des Präteritionsverbots** stand gleichfalls im Dienste dieses Gedankens, und das Centumviralgericht spann denselben dann im Geiste einer neuen Zeit weiter.† Aber zu klaren und festen Principien ist auch das spätere Recht nicht gelangt; es läßt sich nur sagen, daß in der nachclassischen Zeit, unter dem Einflusse des den Familiensinn neu befruchtenden Christenthums, das System des Intestaterb- und Pflichttheilsrechts schrittweise wieder in den Vordergrund tritt. Aus diesem allgemeinen Zuge heraus sind auch folgende mehr einer Phrase, als einem Principe gleichenden Aussprüche Justinian's zu betrachten, die ehemals viel zu respectvoll angesehen wurden und neuerdings im Gegentheil wieder gar zu verächtlich bei Seite gelegt werden: *Ei, qui tuo juri subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris, quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in his rebus, quae tibi acquiri possunt (§ 4. J. de inutil. stip. 3, 19) — Natura pater et filius eadem esse persona paene intelliguntur (l. 11. C. de impub. sustit. 6, 26)*. — Unserem heutigen Rechtsbewußtseyn ist die Aufgabe geblieben, das Familien- und das Testirprincip in das rechte Gleichgewicht zu setzen.

III.

Die Rolle des Testaments im Römischen Leben.

Zu § **833**] Nichts im ganzen Privatrecht der Römer läßt sich vergleichen mit dem Testament, dieser erhabensten Erweisung der Selbstherrlichkeit eines Römischen *paterfamilias*. Hätten die Römer den

*) s. Cursus § 850. **) s. Cursus § 835. †) s. Cursus § 836.

Kuppelbau gekannt, man könnte sagen, das Testament sei die Kuppel auf dem Bauwerk ihres privatrechtlichen Systems gewesen. Noch zu anderen Vergleichen hat das Testament herausgefordert: mit der Pyramide ist es verglichen worden, deren Bau ein souveräner Wille sich als Lebenszweck setzte, um seinen irdischen Resten eine unzerstörliche Ruhestätte zu schaffen und sich in künstlicher Weise eine Art Fortdauer zu sichern. So zimmerte auch wohl ein Römischer Bürger, der Souverän war in der großen oder kleinen Welt seines Hauses, mit jahrelanger Ueberlegung einen Plan der Erbfolge für alle möglichen Eventualitäten, welche gleichsam Stufe auf Stufe sich aufbauten und in mühsamer Arbeit des Erwägens und Vorausschauens ineinander zu fügen waren. Jeder energische Karakter strebt ja, sich in außerordentlichen Acten des Willens zu verewigen: der Aegyptische König that das in der Pyramide, der Römische Bürger im Testament. Seneca feiert diesen Act vom Standpunkt seiner Lebensphilosophie aus folgendermaßen: *Quid cum in ipso vitae fine constituti sumus, cum testamentum ordinamus, non beneficia nobis nihil profutura dividimus? Quantum temporis consumitur? quamdiu secreto agitur, quantum et quid demus? Quid enim interest, quibus demus a nullo recepturi? Atqui nunquam diligentius damus, nunquam magis judicia nostra torquemus, quam ubi remotis utilitatibus, solum ante oculos honestum stetit, tamdiu officiorum mali judices, quamdiu illa depravat spes ac metus ac incertissimum vitium, voluptas. Ubi mors interclusit omnia et ad ferendam sententiam incorruptum judicem misit, quaerimus dignissimos, quibus nostra tradamus. Nec quidquam cura sanctiore componimus, quam quod ad nos non pertinet*" (*de benefic. 4,11*).

Gans (d. Erbrecht in weltgesch. Entwickelung. Bd. II. Berl. 1825. S. 148) sagt dazu: „es ist dieser höchste Götzendienst der individuellen Freiheit in dem karakteristischen Tempel, den er sich in der *testamentifactio* erbaut hat, eine nicht zu verkennende bedeutende Manifestation des Römischen Geistes." Ein solcher Willensact muß aber auch die Bedeutung einer Manifestation der ganzen energisch sich zusammenfassenden Persönlichkeit haben, und diese Bedeutung hatte für den Römer das Testament. Der Testator legte in sein Testament seine Seele, sein Ich; wie das Grabmal eine Stätte des Leibes, so war das Testament eine Stätte des persönlich fortwirkenden Willens. Mit Recht nennt Lassalle (d. System der erworbenen Rechte. Leipz. 1861. Bd. II. S. 21. 58) das Testament „die Römische Unsterblichkeit" und das Testiren „eine Kundgebung des geistigen Innern". Die Römer selbst umschrieben diesen weitreichenden Sinn in der wahrscheinlich altherkömmlichen Definition des Testaments, es sei eine *testatio mentis*, eine *mentis nostrae justa contestatio* (*Servius Sulpicius* bei *Gell. N. A. 6, 12*,* und *Ulp. fragm. 20, 1*), womit in Betreff der Allgemeinheit auch die bekannte Legaldefinition des Testaments von Modestin stimmt: *est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri*

*) *cf. pr. J. de testam. ordin.* (2, 10).

vellet (*fr. 1. D. qui test. fac. poss. 28, 1*). Ein Römisches Sprüchwort sagte: *testamenta hominum speculum esse morum* (*Plin. Ep. VIII, 18*).

Wir bewundern die Schönheit und Klarheit, mit welcher der Römische Rechtssinn sich seine Welt des Privatlebens organisirte. Dem Römer hätte der Gedanke an das endliche Scheiden von dieser kunstreichen Welt seiner Erdenheimat fürwahr ganz besonders schwer fallen müssen, wenn er nicht im Testament sich einen freien und weiten Ausblick über die Lebensgrenze hinaus eröffnet hätte. Durch den Nebelflor des Todes hindurch schaute so der Römer in ein großes helles Reich zukünftiger Beziehungen seines Vermögens, seines Willens, seiner Person, und er hatte die Genugthuung, diese Zukunft selbst zu ordnen. Es verbarg sich im Römischen Testament in der That eine Ahnung der Unsterblichkeitsidee, das Testament war ein Trost Angesichts des rücksichtslosen Schnitts der Parce. Jenes deutet Leibnitz an, wenn er (in seiner *Nova methodus jurisprudentiae Lips. 1748. P. spec. § 20*) sagt: „*Testamenta mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis, sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum; quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam*“; das andere Moment hat schon Quinctilian (*Declam. 308*) betont: *Neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem. Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus.*

Fassen wir das Gesagte zusammen, so wird es verständlich, daß man das Testament das Resumé des juristischen Lebens, den Saldo der ganzen irdischen Rechnung im Sinn der Römer nennen kann. In dessen Anfertigung fand der ächte Römer seine höchste civilistische Befriedigung; ein Tod ohne Testament erschien fast wie ein Leben ohne Abschluß. Cicero (*Quaest. Tuscul. 1, 14*) ruft aus: *Quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi nos futura etiam cogitare!* und stellt so „die fleißige Abfassung der Testamente auf gleiche Linie mit den substantiellsten Forderungen der Familie, des Geschlechts und der Religion“ (Gans a. a. O.). Edle Römer erkannten diesen Werth des Testaments selbst in einer gewissen Anwendung auf ihre Sklaven an; Plinius schreibt (*Epist. VIII, 16*): *Confecerunt me infirmitates meorum, mortes etiam et quidem juvenum. Solatia duo, nequaquam paria tanto dolori, solatia tamen: unum facilitas manumittendi (videor enim omnes immaturos perdidisse, quos jam liberos perdidi), alterum, quod permitto servis quoque quasi testamenta facere, eaque, ut legitima, custodio. Mandant rogantque, quod visum; pareo, ut jussus. Dividunt, donant, relinquunt; dumtaxat intra domum; nam servis respublica quaedam et quasi civitas domus est.*

In der That galt der sorgsamste Schutz der letzten Willen der Bürger als ein allgemeines Interesse, die Nation wachte über den Testamenten, wie Aegypten über den Mumien der Vorfahren. Ulpian leitet

einen Artikel des Edicts mit den Worten ein: *Praetor voluntates defunctorum tuetur* (*fr. 1. pr. D. si quis om. causa test. 29, 4*). Die Jurisprudenz schloß sich dem Prätor an und suchte die Testamente aufrecht zu halten, wenn nur irgend ein Anhalt gegeben war: *benigne interpretari credendum est* (*Marcell. fr. 24. D. de reb. dub. 34, 5*) — *Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est* (*Cels. fr. 25. eod.*) — *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (*Paul. fr. 12. D. de R. J.*). Selbst bloßen Wünschen des Testator sollte möglichst die Erfüllung gesichert werden: *ubi auctoritas sola testatoris est, interventu judicis omnia debent ad effectum perduci* (*Pomp. ad Q. Mucium: fr. 7. D. de ann. legat. 33, 1*) — *Quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis* (*Pap. fr. 49. D. de her. pet. 5, 3*). Pontifex, Prätor und Princeps, Jurisprudenz und Richteramt also, alle Zeitalter Rom's, hielten Wacht über der Institution der Testamente, als wenn sie das Allerheiligste wäre. Und die Römer betrachteten sie wirklich als ihr Allerheiligstes; Cicero ruft: *in publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum* (*Phil. II, 42*); Ulpian betont: *tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis* (*i. e. heredis*), *sed potius publicum est instrumentum* (*fr. 2. pr. D. de test. quemadm. aper. 29, 3*), und Paulus bestätigt: *publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere* (*fr. 5. eod.*). Auch in der späteren Kaiserzeit blieb das Testament das Asyl der bürgerlichen Selbständigkeit und „das Himmelreich der Römischen Freiheit, wo Alle gleich sind, und in das keine irdische Gewalt eingreifen darf" (Lassalle a. a. O., S. 61). Noch Constantin d. Gr. erkennt das an: *Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stilus et licitum, quod iterum non redit arbitrium* (*l. 1. C. de sacros. eccles. 1, 2*).

IV.

Die erbrechtliche Intervention.

Zu § **838**] Unter diesem nicht technischen Ausdruck begreife ich mehrere Erscheinungen des Römischen Erbrechts, welche, so verschieden sie auch in ihrer civilistischen Structur seyn mögen, doch sämmtlich sich im praktischen Leben mit dem eigentlichen Erbgang nahe berührten und gleichsam als große Strebepfeiler den Hauptbau der erbrechtlichen Succession stützen halfen. Wir können eine vollkommene und eine unvollkommene Intervention dieser Art unterscheiden: jene waren die *usucapio hereditatis* und die *in jure cessio hereditatis ab intestato delatae*, auf deren innere Verwandtschaft zuerst von v. Scheurl hingewiesen worden ist. Neben dieser letzteren sind dann die sonstigen *in jure cessiones* von Erbschaften, sowie die *venditio hereditatis* zu nennen, welche nur in unvollkommner Weise eine Intervention enthalten.

A. *Usucapio hereditatis.* Auf dem Vermögen ruhte die Last der Privatopfer, deren längere Unterbrechung Unheil brachte (*Cic. de leg. 2, 20*); daher mußte rasch entschieden werden, wer Erbe und verpflichtet sei, die Forderung der Götter zu erfüllen. Waren *sui* da, so fiel diesen ohne Weiteres jene Pflicht zu; hatte der Testator *extranei* eingesetzt, so pflegte er diesen eine Deliberationsfrist vorzuschreiben (*Gai. 2, 164*). Außerdem aber mußte auf anderem Wege die Entscheidung beschleunigt werden. Dies nun geschah durch das Institut der alten *usucapio hereditatis,* welche vor Allen den näheren Angehörigen des Verstorbenen (ohne Rücksicht auf Agnation) die Füglichkeit gab, die Situation zu ihrem Vortheil zu nützen, sich den Nachlaßbesitz zu verschaffen und mit Aussicht auf erbrechtlichen Erfolg zu sichern. So war thatsächlich dieses Institut eine Ergänzung der beschränkten agnatischen Erbfolge und gewiß oft auch eine Aushülfe in Fällen zweifelhafter Gültigkeit oder gar offenbarer Ungültigkeit des Testaments; es war aber zugleich eine Mahnung an den etwa vollberechtigten Erben (*Gai. 3, 201*), mit der Uebernahme des Nachlaßbesitzes und Vollziehung der *Sacra* nicht zu lange zu zögern und nicht einer Einmischung Dritter Raum zu geben (s. Huschke i. d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. XIV. S. 205).

Diese *hereditatis usucapio* ist neben der *rerum usucapio,* dem *usus* als Entstehungsgrund der *manus mariti* und neben der alten *servitutis usucapio* zu nennen. In ältester Zeit wurde sie mit der *mobilium usucapio* zusammen und somit auf einjährige Frist gestellt (*Gai. 2, 54*); mit der *annua perseveratio in domo mariti* hatte sie das gemein, daß in beiden Fällen der Erwerb eines Vermögensganzen gegeben war; *servitutis usucapio* und *hereditatis usucapio* können zusammengestellt werden, sofern beide noch in der Zeit der Republik abgeschafft wurden.

Wie bei der *annua perseveratio uxoris* an deren Person, so knüpfte sich bei der *hereditatis usucapio* etwa an irgend ein Hauptstück des Nachlasses der Erwerb der *universitas* und der Erbenqualität, und wer so allen Anderen zuvorkam, ward *heres ex asse;* gemeinsame Besitznahme machte *coheredes.* Dies dürfte die natürlichste Lösung der Frage seyn, doch weichen die Ansichten darüber beträchtlich ab. Leist (die *B. P. I.* S. 27) meint, der Werth der besessenen Sachen habe jedem Besitzer (nur) den entsprechenden Bruchtheil der *universitas* gegeben, was praktisch schwer durchführbar gewesen seyn dürfte; v. Scheurl (Beitr. z. Bearbeit. d. R. R. II. Erlang. 1854. S. 48) ist dagegen der Ansicht, der Besitz der *major pars bonorum* habe immer entschieden, was auch nicht eine so einfache praktische Erledigung war, wie das Princip der Prävention, auf welcher ja überhaupt dieses ganze Institut ruht.

Jemehr nun der Kreis der Erbfolger auf die Cognation ausgedehnt, die Testamentssolennität vereinfacht, und die Sorge für die *Sacra* hintangesetzt wurde: hörte die *hereditatis usucapio* auf, ein Lebensbedürfniß zu seyn. Es blieb im Wesentlichen nur Eine Rücksicht: die für

die etwaigen Erbschaftsgläubiger, denen an baldiger Entscheidung der Erbfolge gelegen war, damit sie ihre Forderungen geltend machen könnten. Zu diesem Zweck aber — also seitdem nicht mehr Ansprüche der Götter, sondern der Menschen im Vordergrunde standen — bedurfte es nicht des Aufwandes eines so eminenten Rechtsinstituts mehr; es genügte als Sporn für den berufenen Erben, wenn ihm drohte, daß Andere durch einjährigen Besitz einzelne Nachlaßsachen erwerben und also der Erbschaft entziehen könnten. Dies war die *usucapio rerum hereditariarum*, welche nun an die Stelle jener *usucapio hereditatis* trat (*Gai. 2, 54*), in das System der einfachen *lucrativae usucapiones* gehörte,* bis auf Hadrian in Geltung blieb (*Gai. 2, 57*; dazu *fr. 1. 2. D. expil. hered. 47, 19*), von Gaius (*2, 55*) als *improba usucapio* bezeichnet ward und wohl zu unterscheiden ist von der redlichen *usucapio pro herede* des Justinianischen Rechts.

Jene alte *hereditatis usucapio*, zuerst durch Mucius Scaevola erschüttert (*Cic. de leg. 2, 19*), erscheint bei Cicero noch als anerkannt (*pr. Flacco 34; ad Attic. 1, 5;* s. v. Scheurl a. a. O. II. S. 50. 51) und ist vielleicht durch Labeo's Autorität in der Theorie beseitigt worden (*fr. 3. § 1. D. de B. P. 37, 1*), etwa zu derselben Zeit, zu welcher die Usualehe abkam;** wie tief sie aber in der Volksanschauung gewurzelt hatte, erkennen wir aus Seneca (*de benef. 6, 5*), welcher die Unterscheidung zwischen *hereditas* und *ea quae in hereditate sunt,* eine Spitzfindigkeit nennt. (Vergl. Dernburg Gesch. u. Theorie der Compensation, 2. Aufl. § 15. S. 120).

B. *In jure cessio hereditatis.* „Es ist Ein Grundgedanke, auf welchem die *usucapio pro herede* und die *in jure cessio hereditatis* beruhen: wenn weder ein durch Testament, noch ein durch Gesetz berufener Erbe sich der Erbschaft annehmen will, so kann Jeder Erbe werden, der sich selbst dazu machen oder von dem Berufenen dazu machen lassen will. Beide Institute sind im ausgebildeten Organismus des Römischen Rechts absterbende Abnormitäten." So v. Scheurl (a. a. O. I. 1852. S. 94). Derselbe führt aber wohl dann die Uebereinstimmung zu weit fort, wenn er annimmt, daß *suis heredibus* gegenüber auch die *hereditatis usucapio* nicht Platz gegriffen habe; die *l. 2. C. de usucap. pro her.* (*7, 29*) handelt bloß von der späteren redlichen *usucapio pro herede*.

Jenen Interventionskarakter also theilen in der That beide Institute, allein sie unterscheiden sich darin, daß die *in jure cessio* nur betreffs einer *legitima hereditas* zulässig, und daß sie in dieser Anwendung noch zur Zeit des classischen Rechts praktisch war. *Hereditas in jure cessionem recipit; nam si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, i. e. antequam heres exstiterit, perinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad heritatem vocatus esset. Testamento autem scriptus heres ante aditam qui-*

*) s. Cursus § 504 sub b). **) s. Cursus § 773.

dem hereditatem in jure cedendo eam alii nihil agit (*Gai. 2, 35. 36; 3, 85;* dazu *Ulp. 19, 14*).

Der Grund dieser Beschränkung auf Intestaterben lag wohl darin, daß der letzte Wille eine intensivere Macht als der subsidiäre Wille des Gesetzes war, daß es auch als ein Widerspruch galt und fast einer Beschimpfung des Testators gleichkam, kraft letzten Willens über eine Erbschaft zu verfügen, ohne die persönliche Wirkung des letzten Willens und den Ehrenruf für sich zu acceptiren (Puchta Curs. d. Instit. III. § 313), endlich daß, wenn ein Testamentserbe nicht antrat, die Erbschaft normaler Weise an den Intestaterben gelangte, welcher also durch eine *in jure cessio* verdrängt worden wäre (v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. S. 96 und Köppen System des Röm. Erbrechts I. S. 325; anders Leist die *B. P.* I. S. 111ff.). Der Grund des längeren Fortbestehens dieses Instituts aber lag wohl darin, daß es nicht bloß eine Art Ersatz für den Mangel der *successio graduum* im Civilrecht war und weniger anstößig schien, als die eigenmächtige *usucapio*, sondern auch vornehmlich darin, daß sie ein praktisch wichtiges Mittel war, schwierige Nachlaßregulirungen noch völliger, als es durch *hereditatis venditio* möglich war, von sich ab und auf fremde Schultern, z. B. eines Bankiers, zu wälzen (vergl. Mommsen Röm. Gesch. 4. Aufl. I. S. 856).

Nach stattgefundenem Erbschaftsantritt konnte weder der testamentarische noch der Intestat-Erbe einen Anderen anstatt seiner zum Erben machen, denn wer Erbe ist, bleibt Erbe; eine nachträgliche *in jure cessio* bewirkte nur Uebergang der Erbschaftssachen in des Erwerbers Eigenthum, und dieser ward nichts weiter als Singularsuccessor *inter vivos;* die Verbindlichkeiten blieben am Erben haften, die Forderungen gingen unter (*debita pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt: Gai. 2, 35; 3, 85;* dazu *Ulp. 19, 14*). Wegen dieses Nachtheils unterblieb die *in jure cessio,* und an ihrer Stelle ward einfache *venditio hereditatis* beliebt, wenn man sich in solchen Fällen die Nachlaßregulirung vom Halse halten, bez. erleichtern wollte. Der *Emtor hereditatis obtinebat vicem heredis* (*fr. 2. § 18. D. de hered. vend. 18, 4* und *Sev. Alex.* in *l. 5. C. de her. vend. 4, 39*) und hatte die *impensae funeris* zu tragen (Labeo in *fr. 2. § 17. D. eod.*). Einzelnes konnte der Verkäufer sich reserviren (*servum, aedes excipere: fr. 2. § 12. 14. eod.*), aber die Klagen der Erbschaftsgläubiger mußte er formell auf sich nehmen (*fr. 44. pr. D. de her. petit. 5, 3*) und hatte nur dann den Regreß an den Käufer, *si ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat* (*Carac.* in *l. 2. C. de her. vend. 4, 39*). Am häufigsten mag der Fiscus infolge der *lex Papia Poppaea* in dem Falle gewesen seyn, Erbschaftsmassen zu verkaufen; er erhielt daher das Privileg, daß er durch Verkauf auch der Schulden der Erbschaft ledig wurde, wie bei einer *sectio bonorum* (*fr. 41. D. de jure fisci 49, 14; l. 1. C. eod.*).

V.

Die Incapacität und Indignität.

Zu § **839. 842**] Die Ursachen der Incapacität und die der Indignität, sowie die Personen, welche aus jener und aus dieser Gewinn ziehen, sind verschiedene. Darin aber stimmen beide Kategorien überein, daß sowohl die *incapaces* als die *indigni* an sich erbfähig sind und ihnen nur zur Strafe versagt wird, die Zuwendung, sei es Erbtheil oder Vermächtniß, zu erwerben. Jedenfalls ist die *lex Julia et Papia Poppaea* die eigentliche Quelle beider Kategorien und Begriffe. Vergl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. XXXVIII. S. 362 und Thl. XXXIX. S. 160.

A. Incapacität. Die wichtigsten Fälle derselben wurden theils durch die *lex Julia*, theils durch die *lex Papia Poppaea* eingeführt;* andere kamen dann hinzu. Wir unterscheiden hiernach.

1) Zufolge der *lex Julia et Papia* sollte ein *Caelebs* gar nichts, ein *Orbus* nur die Hälfte von dem ihm letztwillig Zugewendeten (sei es als Erbe oder Legatar) erwerben dürfen, wofern er nicht binnen 100 Tagen nach Anfall der Zuwendung der gesetzlichen Anforderung des Eheschließens oder Kinderzeugens nachkam (*Gai. 2, 111. 144. 286; Ulp. 17, 1*). *Caelibes* im Sinn der *lex Julia* waren alle, welche weder *mariti* (*uxores*), noch *maritorum* (*uxorum*) *numero* waren, obgleich sie dies nach ihrem Alter hätten seyn sollen, d. h. vom 25., bez. (Frauen) 20. Lebensjahre an (*Ulp. 16, 1*). Die Ehe mußte den Karakter von *justae nuptiae* haben; ihr stand gültiges Verlöbniß gleich (s. Hartmann i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. V. 1866. S. 223). *Orbi* waren alle, welche, obschon sie im gesetzlichen Alter standen, keine *liberi secundum legem Juliam Papiamque quaesiti* hätten (*Coll. leg. Rom. et Mos. 16, 3. § 4*); die genügende Zahl aber — dies ist vorherrschende, neuerdings aber wieder bestrittene Ansicht — sollte bei Männern Ein Kind, bei Frauen drei bez. vier Kinder seyn, um *solidi capacitas* zu gewähren (s. Hartmann S. 224. 235). Unter *Orbi* waren übrigens nicht schlechthin verheirathete Kinderlose zu verstehen, vielmehr konnte die Orbitätsfrage auch *caelibes* betreffen, denn Frauen sollten trotz ihrer Ehelosigkeit zwei, bez. 1½ Jahre lang nach Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung die Capacität nicht verlieren (*Ulp. 14*), und die *lex Papia* verlangte schon von einem früheren Alter an das Haben von Kindern, als die *lex Julia* das Heirathen (*Tertullian, Apolog. c. 4*).**

Nach der gewöhnlichen (freilich nicht über alle Zweifel erhabenen) Ansicht, waren jene gesetzlichen Beschränkungen nicht unterworfen,

---

*) s. oben Excurse S. 257—260. **) Was bedeutet der *solitarius pater* in der Titelrubrik bei *Ulp. fragm.* 13? einen nur Ein Kind habenden, oder einen verwittweten Vater? Ulpian ist hier lückenhaft. Vergl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. XXXIX. S. 160. 161. Anm. 1.

gewisse unter dem Ausdruck *conjunctae* zusammengefaßte Personen (s. g. *exceptae personae*), nämlich alle Cognaten bis zum 6. Grade einschließlich (*sobrino nati*), sowie die Affinen bis zu dem gleichen Grade, bez. alle Gewaltuntergebene solcher (*fr. 4. 5. D. de testib. 22, 5; fr. 6. D. de grad. 38, 10; Vat. fragm. § 158; 215—219. Sozomenus hist. eccles. I, 9*). Vergl. Heineccius *Comm. ad l. Jul. et Pap. Popp. lib. II. c. 21. § 3.* Klenze die Cognaten u. Affinen nach R. R. (Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss. VI.) S. 67 ff. 101 ff. 106 ff. Mühlenbruch a. a. O. S. 162—4 (Anm.). —

Außer den angeführten absoluten Incapacitätsgründen nimmt die herrschende Doctrin an, daß in jenen Gesetzen auch ein relativer aufgestellt worden, indem Ehegatten unter einander noch besonderen Beschränkungen unterstanden hätten; als Grund derselben dachte man sich einen ähnlichen, wie den des Verbots von Schenkungen unter Ehegatten: wofür freilich höchstens ein nachclassisches Zeugniß, die *l. un. § 2. C. Th. de infirm. poenis caelibatus et orbitatis (8, 16)* von Constantin, aufzubringen wäre; oder man vermuthete als Grund: daß gerade unter Ehegatten sich am leichtesten gegenseitige Berechnung, kinderlos bleiben zu wollen, denken lasse. Allein die besonderen Bestimmungen über Ehegatten erklären sich einfacher als Ausnahmen von dem Capacitätshinderniß, d. h. dadurch, daß die Ehegatten als mit zu den *exceptae personae* gehörig betrachtet wurden (Hartmann S. 229 ff.). Der kinderlose Gatte konnte auf Grund der vormaligen Ehe jedenfalls ein Zehntel des ganzen Nachlasses seines verstorbenen Gatten (*decima bonorum*) definitiv und an einem Drittel den Nießbrauch erwerben, und hatte durch Ein lebendes gemeinsames Kind, oder durch zwei erst nach erreichter Dreijährigkeit, oder drei nach dem 9. Tage verstorbene Kinder die *solidi capacitas;* auch konnte er für jedes noch lebende Kind aus einer früheren Ehe, sowie für ein nach dem 9. Tage verlornes gemeinschaftliches Kind eine Decima erwerben (*Ulp. fragm. 15* u. *16, 1*). Hierzu kam eine Art Fiction: ein gemeinschaftlich erzeugtes Kind galt für ein lebendes, wenn es erst nach eingetretener Mündigkeit verstorben oder doch noch nicht volle 1½ Jahre seit seinem Tode verstrichen sind (*Ulp. 16, 1*). Dies ist das Kapitel *de decimis* oder s. g. *leges decimariae.* Außerdem war den Gatten *solidi capacitas* auch gegeben, wenn der Mann *absens* oder noch nicht ein volles Jahr zurückgekehrt war (*Ulp. 16, 1*). „Constantin hat dann das Recht der *leges decimariae,* während er es scheinbar einfach fortbestehen ließ, in Wahrheit mit einem völlig anderen Karakter bekleidet. Denn indem die allgemeinen Regeln über die Strafen von Cölibat und Orbität aufgehoben sind, ist damit das, was bisher begünstigende Ausnahme war, zur beschränkenden Regel geworden, colorirt durch die Phrase: *quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito juris rigore cohibentur*" (*l. un. § 2. C. Th. cit.*). Erst damit sind Principwidrigkeiten und Inconsequenzen in das Römische Recht gekommen, — Dinge, die zu dem allgemeinen Karakter dieser Gesetzgebung der schlechtesten Zeit ganz gut passen,

die man aber nicht einer *lex* aus der Periode der frisch aufblühenden Jurisprudenz zutrauen kann. Sehr natürlich war es, daß schon Honorius und Theodosius (*l. 2. C. Th. de jure lib. 8, 17*) diesen haltlosen, principiell umgestalteten Rest des älteren Rechts beseitigten". Hartmann S. 249.

Einige spätere *Scta* (*Pernicianum, Claudianum, Calvitianum*) stellten auch an die 50- und 60jährigen noch gewisse Anforderungen (*Ulp. 16, 3. 4*). Einem durch das Mittel der Adoption ermöglichten Mißbrauch trat ein *Sctum Memmianum* entgegen (*Tacit. Ann. 15, 19*).

2) Eine zweite Kategorie der *incapaces* fügte die *lex Junia Norbana* unter Tiberius (17 n. Chr.) hinzu durch die Bestimmung, daß auf unfeierliche Weise Freigelassene außer dem *commercium inter vivos* auch zwar die passive *testamenti factio* haben, aber doch in Betreff des Erwerbs letztwilliger Zuwendungen beschränkt seyn sollten; diese Beschränkung bestand darin, daß der *latinus* nur, wenn er innerhalb 100 Tagen nach dem Anfall der Zuwendung das volle *jus Quiritium* erlangte, erwerben durfte.* *Latinus Junianus, siquidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest; quodsi Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur* (*Ulp. 22, 3;* dazu *17, 1*). Vergl. v. Vangerow Ueb. die *latini Juniani* (Marburg 1833) S. 110ff.

3) Domitian (81—96 n. Chr.) fügte eine weitere Kategorie hinzu, die *probrosae feminae* (*Sueton. Domit. 8*), d. h. namentlich Huren und Schauspielerinnen; diese sollten zufolge eines Rescripts Hadrian's nicht einmal aus einem *testamentum militis* erwerben (*fr. 41. § 1. D. de test. mil. 29, 1*). Das Hinderniß des Erwerbs fiel weg, wenn die Honorirte zur Zeit des Anfalls der Zuwendung ihren ehrlosen Lebenswandel aufgegeben und durch kaiserliches Rescript die weiblichen Ehrenrechte wieder erlangt hatte (*l. 23. pr.—§ 3. C. de nupt. 5, 4*); für Schauspielerinnen wurde dieses letztere (formelle) Erforderniß dann durch Justinian beseitigt (*l. 33. C. de episc. audientia 1, 4*). Vergl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. XXXIX. S. 262—274.

Das Schicksal der durch Incapacität des Honorirten erledigten Erbschaftstheile bestimmte sich nach den Regeln der Caducität. Was *caducum* oder *in causa caduci* war, sollte nämlich nicht auf dem Wege und nach den Regeln der Accrescenz oder successiver Delation an die anderweitigen Erben kommen, sondern als besondere Gunst den in demselben Testament bedachten Erben und Legataren, welche Kinder aufzuweisen hätten, subsidiär dem Aerar zufließen (*jus patrum caduca vindicandi: Gai. 2, 206; Ulp. 1, 21; fragm. de jure fisci § 3; Tac. Ann. 3, 28*); zu Ulpian's Zeit war diese Gunst *ex constitutione Imperatoris* zu einem Monopol des Fiscus geworden (*Ulp. 17, 1*). —

Uebrigens gehörten nicht bloß die Incapacitätsfälle unter den Caducitätsbegriff, sondern namentlich auch noch folgende Fälle: a) Wegfall

*) s. Cursus § 376.

eines Collegatars beim Vindicationslegat und, wenn ein Damnationslegat *conjunctim* angeordnet war, auch bei diesem (*Ulp. 24, 12. 13*); b) Tod oder *capitis diminutio magna* eines *heres voluntarius* (*extraneus*) *ex parte scriptus* oder eines Legatars nach dem Tode des Erblassers, aber vor Testamentseröffnung* (*Ulp. 1, 21; l. un. § 1. C. de caduc. toll. 6, 51*). c) Ausfall der Bedingung, von welcher die Zuwendung abhängig gemacht war (*l. un. § 2. C. eod.*).

In allen Caducitätsfällen hatten zufolge der *lex Papia* Descendenten und Adscendenten des Erblassers bis zum 3. Grad das Vorrecht, daß, sofern sie nur selbst auch im Testament zu Erben eingesetzt waren, ihnen die etwaigen *caduca* zufließen sollten (*Ulp. 18*: *qui habeant jus antiquum in caducis*).

Die letzten Reste dieses ganzen Caducitätssystems, welches bereits von mehreren Kaisern durch Beseitigung der wichtigsten Incapacitätskategorien beträchtlich eingeschränkt worden war, wurden dann von Justinian beseitigt (*l. un. C. de lat. libert. toll. 7, 6; l. un. C. de cad. toll. 6, 51*), unter Wiederherstellung des *jus antiquum* (Accrescenz und successive Delation). Doch ist damit der Incapacitätsbegriff nicht völlig aus dem Justinianischen Recht geschwunden, denn a) die Kategorie der *mulieres probrosae* blieb, nur daß deren Theile wahrscheinlich nicht mehr dem Fiscus, sondern den anderweitigen Erben zufließen sollten, und b) Justinian fügte neue Kategorien hinzu, indem er auch der Wittwe, die während des Trauerjahrs eine neue Ehe einging (*l. 1. C. de sec. nupt. 5, 9. Nov. 22. c. 22. pr. § 1.*), den *libri naturales* (*Nov. 89. c. 12. § 1—3*), sowie dem *conjux binubus* (*Nov. 22. c. 27. 28*), wofern der Testator außer ihnen noch rechtmäßige Descendenten hinterließe, nur eine beschränkte Capacität zugestand: die auf diese Weise erledigten Erbtheile sollten den anderweitigen Erben, bez. den rechtmäßigen Kindern zufließen (*l. 1. C. de secund. nupt. 5, 9; Nov. 89. c. 12. § 2; Nov. 22. c. 27*). Vergl. Rudorff i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. VI. S. 397. Vering Röm. Erbrecht S. 275 ff. Gegen v. Vangerow Lehrbuch d. Pand. II. § 429. Anm. 2. s. Köppen System d. Erbrechts I. S. 301. Anm. 27.

B. Indignität. Auch in anderen Fällen konnten letztwillige oder gesetzliche Erbtheile und Vermächtnisse denen, welche darauf unter andern Umständen Anrecht gehabt hätten, vorenthalten werden, und es kommt auch für diese Fälle der Ausdruck vor: *capere non possunt* (*fr. 128. D. de legat. I; fr. 2. § 2. D. de his quae ut indignis 34, 9*); indeß unterscheiden sie sich wesentlich von der Incapacität im engern Sinn (s. oben sub A), denn der Grund der Indignitätsfälle ist ein andrer, als der der Incapacitätsfälle: er kommt nämlich auf den Gedanken eines moralisch verwerflichen Benehmens dessen, dem aus einer Erbschaft Etwas zukommen sollte, hinaus, und dieser heißt deshalb *indignus*. Nicht in allen Fällen, die zur Indignität gerechnet werden, tritt dieser

---

*) s. Cursus § 844 a. E. § 847. 853 a. E.

Gesichtspunkt entschieden hervor; nicht bloß die Bestrafung des Bürgers, sondern auch der Vortheil des Fiscus sollte erzielt werden, und so geschah es, daß das Gebiet der Indignitätsfälle im Lauf der Zeit principlos ausgedehnt wurde; in einzelnen Anwendungen scheint man zwischen dem Gesichtspunkt der Incapacität mit Caducität und dem der Indignität mit Ereption geschwankt zu haben, so namentlich bei den verbotenen Ehen (des Tutor und der Provinzialmagistrate: *Ulp. 16, 2; fr. 128. D. de leg. I.*) und bei den unehelichen Verhältnissen mit *probrosae* (*fr. 14. D. de his quae ut indignis 34, 9*).

Die Indignität verhindert an sich nicht (wie die Incapacität) den Erwerb, aber infolge der dann eintretenden Ereption verliert der *indignus* das Eigenthum des ihm Angefallenen, die Forderungen und Schulden der Erbschaft werden ihm fremd, sowie er auch von den auf dem entrissenen Erbtheil lastenden Vermächtnissen in der Regel frei wird; er behält nur das *nomen heredis* (*fr. 43. § 3. D. de vulg. et pup. subst. 28, 6*) und die *jura sepulcrorum* (*fr. 33. D. de relig. 11, 7*). Ereptionsberechtigt ist in den meisten Fällen der Fiscus. Die wichtigsten Fälle sind folgende.

1) Der Fiscus ist ereptionsberechtigt gegenüber dem, welcher den Tod des Erblassers durch Absicht oder Fahrlässigkeit verschuldet (*fr. 3. D. de his quae ut ind. 34, 9*), die Anklage der Mörder desselben unterlassen (*fr. 21. eod.*), bei dessen Lebzeiten ohne Genehmigung einen Vertrag über die Erbschaft geschlossen (*fr. 2. § 3. eod.*), des Testators Rechtsfähigkeit oder letzten Willen angefochten (*fr. 9. § 2; fr. 5. § 1—19. eod*), letztwilligen Absichten des Erblassers sich hindernd entgegenstellt (*fr. 19. eod.*), oder mit ihm wissentlich in verbotener Geschlechtsverbindung gelebt hat (*fr. 13. 14. eod.*), u. s. w.

2) Substituten, Miterben, Legatare, Intestaterben sind ereptionsberechtigt gegenüber dem, welcher zum Erben eingesetzt die die Zuwendung belastende Auflage beharrlich verzögert (*Nov. 1. c. 1. 4*), oder die vom Erblasser aufgetragene Erziehung eines unmündigen Kindes ablehnt (*fr. 1. § 3. D. ubi pupill. educ. 27, 2*), oder den Erblasser aus der feindlichen Gefangenschaft loszukaufen unterlassen hat (*Nov. 115. c. 3. § 13*) u. s. w. Ausführliche Zusammenstellungen aller Fälle s. Mayer Erbrecht § 140ff. v. Vangerow Pand. II. § 565. Arndts Pand. § 520. 557. v. Keller Grundriß zu Vorlesungen über Institut. (Berl. 1854—58) S. 390—419.

VI.

Die *hereditas jacens** und die Retrotractivkraft des Erbschaftsantritts.

Zu § **848. 859**] A. Das in neuerer Zeit mehrfach angefochtene Dogma von der *hereditas jacens* hat sich, wie es scheint, bei den Rö-

*) s. Cursus § 366 sub 2) und Excurse S. 310—312. 365. 384.

mern nur allmählich entwickelt und nicht ohne Mühe in der Jurisprudenz derselben festgestellt; es ist eines der spätesten Dogmen des classischen Römischen Rechts und doch in der Nationalanschauung der Römer tief begründet, ja es bildet den eigentlichen und nothwendigen Schluß der antiken Erbrechtsidee, welche die zwar dunkle, doch nicht ganz hinwegzuläugnende Vorstellung von einem geistigen Fortleben des Erblassers enthält. Gleichwie die ökonomische Vermittlung und Continuität der Generationen eine schwierige Aufgabe des Lebens ist, so ist auch das Problem ihrer juristischen Gestaltung und Formulirung eines der schwierigsten im Recht. Diese Schwierigkeit ist principiell in jedem Erbfall die gleiche, sie tritt nur da recht frappant hervor, wo im Augenblick des Ablebens des Erblassers die Person des Erben noch nicht bestimmt ist. Wie kann ein Vermögen als ideelles Ganzes zusammengehalten werden, so daß es sammt Forderungen und Schulden auf den Erben, auf den im Augenblicke vielleicht noch ganz ungewissen, erst künftig sich ergebenden Erben, übergeht? Nur mittels der Idee, daß des Erblassers Wille, der bei Lebzeiten das Vermögensganze zusammengehalten hat, als fortwirkend, d. h. als fortexistirend angenommen wird. Diese Annahme der Fortexistenz befindet sich nun allerdings insofern im Widerspruch mit der Wirklichkeit, als ein irdisch nicht mehr vorhandener Wille doch irdisch noch fortwirken, und also eine dem Irdischen entrückte Person als noch irdisch präsent gelten soll. Solches kann nur auf Grund einer Fiction geschehen: daher ist die *hereditas jacens* ein fingirtes Individuum, nämlich die fingirte Person des Erblassers. Ohne diese Fiction gibt es keine erbrechtliche Universalsuccession.

Es gab im Römischen Recht verschiedene Anwendungen des Begriffs der Universalsuccession auf den Verkehr unter Lebenden: die *conventio in manum mariti,* die *arrogatio,* die *bonorum emtio* im Concurs. Von diesen war aber nur die letztere eine reine Anwendung des Begriffs, die anderen wichen ab, da sie mit einer *capitis diminutio* verbunden waren. Ferner ist zu berücksichtigen, daß in jenen ersten zwei Fällen die Universalsuccession nur Folge eines anderen, eigentlich bezweckten Rechtsverhältnisses, und auch, eben wegen der *capitis diminutio,* nur von unvollkommner Wirkung, und daß sie im dritten Fall bloßes Mittel zum Zweck (Zweck des Verkaufs und der Zerschlagung) war. Nur in der erbrechtlichen Anwendung erscheint die Universalsuccession als Selbstzweck und in vollkommner Wirkung. Jene durften also nicht ohne Weiteres zum Vorbild für das Erbrecht genommen werden, am wenigsten die *conventio in manum mariti* und *arrogatio.*

Das Civilrecht nahm daher im Erbrecht einen wesentlich anderen Ausgangs- und Standpunkt ein, gemäß der Volksanschauung, daß der Erblasser nicht eigentlich, oder nicht völlig untergehe; in ähnlicher Weise verweist Gaius wegen des Schwesterdogmas von der Retrotractivkraft des Erbantritts* auf die Volksanschauung (*fr. 28. § 4. D. de*

*) s. Cursus § 859.

stip. serv. 45, 3). Das Recht gründete sich nicht in die Luft, sondern in jene Volkanschauung, indem es den Tod nicht auf gleiche Linie mit der *capitis diminutio* stellte, d. h. den Tod eben nur als einen natürlichen Proceß, nicht als einen juristischen Tod auffaßte. Der ursprünglich wichtigste Folgesatz dieser Auffassung war der, daß die *Sacra* bestehen blieben und mit dem Familiengut auf den Erben übergingen. Während bei der *conventio in manum mariti* und *arrogatio* die *Sacra* untergingen, gingen sie beim Tode über; civilistisch lebte der *defunctus* fort, waltend im Vermögen, durch dieses immer noch den Göttern dienend und mit ihnen durch seinen Erben in Verbindung und Verkehr verbleibend. Das nachher von der classischen Jurisprudenz ausgearbeitete Dogma von der *hereditas jacens* ist also nur die wissenschaftliche Formel für eine auf nationaler Anschauung beruhende alte Tradition. Neben die Verbindlichkeit gegen die Götter stellte sich die Verbindlichkeit gegen die Menschen; so gelangte das Römische Recht frühzeitig zu dem, wodurch es vor anderen Volksrechten sich so eminent auszeichnet: zu dem Satze, daß der Nachlaß mit Forderungen und Schulden übergehe auf den Erben. Es mag aber auch eben damit jener bedeutsame und auf andere Weise kaum ganz erklärliche Satz des Römischen Erbrechts zusammenhängen, daß, wer einmal den Karakter eines Erben angenommen, ihn nicht wieder verlieren könne (*semel heres, semper heres**); dieser Satz hat einen Sinn nur, wenn die Anschauung zu Grunde liegt, daß die Persönlichkeit des Erblassers selbst eine gewisse Verbindung mit der Persönlichkeit des Erben eingehe.

Die *successio heredis in bona defuncti* unterscheidet sich also von der durch *conventio in manum mariti* vollzogenen Universalsuccession und nähert sich der concursmäßigen *bonorum emtio*. Sollte nicht dem Prätor, als er diese *bonorum emtio* einführte,** die testamentarische *familiae emtio* vorgeschwebt haben? Der Concurs war doch gleichsam ein Tod bei lebendigem Leibe, denn er war eine Entblößung von aller irdischen und sinnlichen Ausstattung der Person, aber eine *capitis diminutio* erfolgte hier so wenig, wie durch den Tod. Sodann glich auch die Zeit von Eröffnung des Concurses bis zu dem Eintritt eines *bonorum emtor* in mancher Beziehung dem Schwebezustand der *bona defuncti* bis zum Antritt des Erben. Vergl. Ihering Abhandlgn. a. d. R. R. (Leipz. 1844) S. 162ff. und v. Scheurl Beiträge z. Bearb. d. R. R. (Erlgn. 1852) I. S. 33. —

Jenes Dogma von der *hereditas jacens* wird nun aber in allerneuester Zeit unter dem Gesichtspunkt, daß es auf einer bloßen und blassen Fiction ruhe und überhaupt entbehrlich sei, wenn man den Vermögensbegriff freier construire, angegriffen. Sein eifrigster Gegner ist Köppen. Zwar wenn derselbe (System des Röm. Erbrechts I. S. 202) die ruhende Erbschaft mit den *bona absentis* vergleicht, so können wir das auch von unserem Standpunkt aus allenfalls acceptiren, indem wir sagen:

---

*) s. Cursus § 860 z. A. **) s. Cursus § 264. 265.

der *defunctus,* dem Irdischen entrückt und im Orcus weilend, sei doch kein völliges Nichts, sondern eben wie ein Entfernter und Abwesender, sein Wille wirke als lebendige Potenz fort (*ex persona defuncti vires assumit: fr. 33. § 2. D. de acq. dom. 41, 1*), und auf seine Person werde zurückgeblickt, wenn es sich um die Vermögensbewegung der *hereditas jacens* handelt. Wie vermöchte eine Kraft zu wirken, wenn sie nicht mehr existirte? Wie könnte mit reeller Bedeutung auf eine Existenz zurückgeblickt werden, welche als vollständig vom Schauplatz des Rechtslebens verschwunden und beseitigt gälte? Auch Köppen (S. 210) sagt, die Erbschaft müsse noch von der Rechtsfähigkeit des Erblassers beherrscht werden; aber herrschen kann doch nur ein Etwas, das noch ist, denn Herrschen ist ein potenzirtes Seyn, ein wirkendes Leben, ein reelles Hinüberwirken auf reelle Verhältnisse. Herrschen kann nur ein Herrscher, und wer kann hier der Herrscher seyn, wenn nicht der *defunctus* als *dominus superstes?* Mit den Römischen Juristen, welche in häufig wiederkehrenden und variirenden Wendungen der *hereditas jacens* eine Persönlichkeit unterlegen, sucht Köppen (S. 208 u. 213) sich dadurch abzufinden, daß er sagt, das seien nur bildliche Ausdrücke für den abstracten Satz: *hereditas juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit;* die *hereditas* sei in sich und durch sich selbst ein ideelles Ganzes, und ein Subject dafür sei überflüssig und werde auch von Labeo (*fr. 15. § 5. D. quod vi aut clam 43, 24*) und Gaius verneint (*Gai. 2, 9; fr. 1. pr. D. de div. rer. 1, 8*), von Javolen wenigstens nicht gefordert (*fr. 36. D. de stip. serv. 45, 3*).* Letzterer bemerkt: *inter hereditarium servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis jure retinetur, nec potest derelictus videri, qui universo hereditatis jure continetur;* aber offenbar will der Jurist damit sagen, daß der *hereditarius servus* nicht in demselben Sinn ein *servus nullius* sei, wie der derelinquirte, denn er erhalte seine Stellung durch seine Beziehung auf das *universum hereditatis jus;* worin dieses *hereditatis jus* bestehe, gibt er gar nicht an; die Stelle also, wenn sie auch den *defunctus* nicht ausdrücklich nennt, kann doch keinesfalls für die Subjectlosigkeit der Erbschaft angeführt werden. Mag seyn, daß Javolen ebenso, wie Gaius, noch schwankte; wir wissen ja, daß erst um diese Zeit und vornehmlich durch Javolen's Schüler, Julian, das Dogma von der *hereditas jacens* seinen wissenschaftlichen Abschluß fand. Vergl. Ihering Abhandlgn. aus d. R. R. S. 196.

Köppen meint, es sei nur ein Bild, wenn von Julian und Anderen der *defunctus* als Subject der *hereditas* bezeichnet werde; er verwirft es also; und was substituirt er? ein Nebelbild. Sehen wir zu! Rechte könnten, so meint er, auch ohne daß sie einem Subject zustehen, bestehen (S. 206). Aber wie kann es Rechte ohne Berechtigte geben? Es gäbe, fährt er fort, Vermögensverhält-

---

*) Die sonst noch von Köppen (S. 205. Anm. 10) angeführten Stellen dürften ihm schwerlich auch nur den Schein eines Rückhalts gewähren.

nisse, die ebensowenig zu ihrer Existenz, wie zu ihrem Erwerb ein physisches Subject voraussetzten, *ipso jure* in das Vermögen des Menschen kämen und unmittelbar dem Vermögen erworben würden (S. 206). Aber ist das ein logischer Schluß: weil Rechte ohne Handeln des Subjects diesem erworben werden können, so können auch Rechte ohne Subject entstehen und (wem?) erworben werden? offenbar ist hier die Existenz des Rechts mit dem Erwerbsact, die Existenz des Subjects mit dem Handeln des Subjects verwechselt. Forderungen hingen, so sagt er weiter, nicht an der Person, in der sie entstanden, denn sie seien Rechte nicht an der Handlung des Schuldners, sondern an deren Geldwerth, oder am Vermögen des Schuldners als *universitas* (S. 246); aber wenn das wahr wäre, so müßte der Gläubiger sich den Vorwegabzug aller übrigen Schulden seines Schuldners gefallen lassen, was zu innerem Widerspruch führt. Das Vermögen verträte, so bemerkt er endlich, bei dem *ipso-jure*-Erwerb und bei der *hereditas jacens* gleichsam die Stelle der physischen Person (S. 207); aber ist das ein klarer Ausspruch? Der Satz: *hereditas defuncti personam sustinet,* sagt in gerader Linie, was von Köppen in krumme Linie gekehrt wird. Das ist so wenig ein Fortschritt, so gewiß es ein Fortschritt war, als, nachdem die alte Doctrin der Römer die *hereditas jacens* neben *res nullius* gestellt, dann die *hereditas* selbst als *domina* bezeichnet und geschwankt hatte, ob des Erben oder des Erblassers Persönlichkeit als die Seele der Hinterlassenschaft zu betrachten sei, endlich Julian's Autorität entschied: *Quoties servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet; cujus et valuit sententia, testantis personam esse spectandam opinantis* (*fr. 33. § 2. D. de acq. dom. 41, 1*). Ebenso entschieden erklärt sich Florentin* dafür: *servo hereditario recte legatur, licet ea adita non sit, quia hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur* (*fr. 116. § 3. D. de legat. I*); und selbst Gaius erhebt sich, allerdings mit gewisser Vorsicht, zu diesem ihm fast zu genialen Dogma: *hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit, heredem institui posse, quia creditum est, hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere* (*fr. 31. § 1. D. de her. inst. 28, 5*). Vergl. Ihering Abhdlgn. aus d. R. R. S. 206. Zu Ulpian's Zeit ist kein Zweifel mehr: *hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est* (*fr. 34. D. de acq. dom. 41, 1*). Wer möchte da, nach solcher Entwicklung und Angesichts solcher Aussprüche, bloß ein Spiel mit Bildern finden?! Der Satz, daß die *hereditas* selbst *domina* sei, war offenbar nur eine dogmatische Vorstufe; sie ließ einen großen Theil praktischer Fragen ungelöst; sie gab gleichsam das Gewand ohne den Körper, die Maske ohne die Person; und nicht bloß das, sondern sie war auch in ihrer Unfertigkeit gefährlich, denn sie lenkte unwillkürlich

*) In *fr. 22. D. de fidej.* (46, 1) sagt er nur: *hereditas personae vice fungitur.*

das Auge auf den zukünftigen Erben, in dessen Interesse vornehmlich das Vermögen als Einheit mit allen zugehörigen Rechten und Pflichten zusammengehalten wurde; sollte nun dessen Individualität die maßgebende seyn? eben dies mußte verneint werden, und die Verneinung in einem positiven Rechtssatze Ausdruck finden. Alles aber würde in Nebel bleiben, wenn nun nicht das Dogma ausgebildet worden wäre, welches von Köppen ein bloßes „Bild“ für die „Anschaulichkeit“ genannt worden ist. —

B. Das Dogma von der *hereditas jacens* genügt übrigens, so wichtig es ist, nicht, um alle Bedürfnisse des Zwischenzustands zu befriedigen; in gewissen Fällen muß die Person des Erben, auch schon bevor er bestimmt und der Antritt erfolgt ist, maßgebend seyn, und diese Möglichkeit ist civilistisch auf keinem anderen Wege, als durch das Continuitätsdogma erreichbar, welches von Florentin so formulirt ist: *heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur* (*fr. 54. D. de acq. her. 29, 2*). Es handelt sich hier um Retrotraction der Wirkungen des Erbschaftsantritts. Ein solcher Fall lag vor, wenn ein Erbschaftssklave eine Stipulation im Namen des künftigen Erben geschlossen hatte; ob dies angehe, war eine lange erwogene Streitfrage, wie uns Gaius (*fr. 28. § 4. D. de stip. serv. 45, 3*) erzählt: *Illud quaesitum est, an „heredi futuro“ servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit, posse, quia, quod postea heres exstiterit, videretur ex mortis tempore defuncti successisse. Quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur, licet post aliquod tempus heres exstiterit; manifestum igitur est, servi stipulationem ei acquiri.* Modestin endlich erkennt dies ohne Umschweif an: *servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur* (*fr. 35. D. de stip. serv. 45, 3*). Vergl. hierzu Ihering Abhandl. aus d. R. R. S. 168ff. 212ff. und gegen ihn v. Scheurl Beitr. z. Bearb. d. R. R. I. S. 11. 49ff. 61ff. 86ff. —

Beide Dogmen, das von der *hereditas jacens* und das von der Rückwirkung des Erbschaftsantritts, ruhen, wie wir gesehen haben, auf nationalen Grundanschauungen; das Dogma ist in beiden Fällen identisch mit dem Volksrechte. Beide Dogmen sind nur langsam zur Abklärung gekommen; hätte die Juristenwelt einfach und ohne Erörterung die Sätze des Volksrechts hingenommen, so würden sie nicht so hell geworden und so scharf begrenzt seyn, wie sie im classischen Recht vorliegen, welches auch hier ein Resultat mühsamen und fortgesetzten Ringens des juristischen Geistes ist (s. v. Scheurl I. S. 73). Beide Dogmen sind erst in der Zeit der classischen Juristen, das Dogma von der *hereditas jacens* nicht vor Julian (unter Hadrian), das Dogma von der Rückwirkung des Erbschaftsantritts nicht vor Florentin (unter Severus Alexander?), zur allgemeinen Geltung gekommen. Wahrscheinlich sind auch hier die allerersten Anfänge des dogmengeschichtlichen Doppelfadens in demselben Juristen zu suchen, aus dessen Kopfe so viele

bedeutende Impulse hervorgingen, in Labeo (s. v. Scheurl S. 56. 57). Ist dies aber richtig, so füllt die Geschichte beider Dogmen einen Zeitraum von zwei Jahrhunderten aus. Solide Ideen reifen langsam.

LV. Kapitel.

Erbrechtliche Schutzmittel.

(Zu § 862–874)

I.

Erbtheilung; *herctum ciere.*

Zu § 869] Schon die XII Tafeln hatten über Erbtheilung eine Bestimmung enthalten, und es mußte dies festzustellen schon für die alte Zeit ein Bedürfniß seyn. Ob damals es vorkam, daß ein Testator *coheredes* einsetzte und so die Situation verwickelte, können wir dahingestellt seyn lassen; genug, daß die XII Tafeln *in subsidium* Intestaterbrecht anerkannten, ohne dabei eine Schranke, wie etwa das Vorrecht der Erstgeburt, des männlichen Geschlechts, aufzustellen; es konnte also der Fall eintreten, daß Mehrere zusammen zu einer Erbschaft gelangten; ja wir können uns vorstellen, daß dies der gewöhnliche Fall war. Oftmals mag es dann vorgekommen seyn, daß die *coheredes* (Geschwister, Geschwisterkinder u. s. w.) in brüderlicher Hausgemeinschaft verblieben, wie auch noch in der späteren Zeit *societates omnium bonorum* unter Brüdern erwähnt werden.* Allein nicht selten dürfte der Trieb der Selbständigkeit zur Theilung geführt haben, und für diesen Fall trafen die XII Tafeln eine Bestimmung.

Es wird außerdem erwähnt, daß die XII Tafeln auch den Satz ausgesprochen hätten, die *nomina hereditaria* sollten als *ipso jure* getheilt gelten, so daß das Erbtheilungsverfahren mit ihnen nichts zu thun gehabt hätte. Allein gegen diese Annahme muß sich ein Bedenken regen. Sollten wirklich zur Zeit der XII Tafeln Forderungen, diese Kinder reifender Rechtscultur, schon eine solche Rolle im Leben und Verkehr gespielt haben, daß die knappe und naive Gesetzgebung der XII Tafeln für sie einen besonderen erbrechtlichen Satz schuf? Zwar, es wird uns von Livius erzählt, daß schon in sehr früher Zeit, z. B. in den Volskerkriegen bald nach der Vertreibung der Könige, das *nexum* in häufiger Anwendung vorgekommen sei; die strenge Ausübung desselben zu Volksaufläufen geführt habe, und mildernde Maßregeln vorübergehend angeordnet worden seien (*Liv. 2, 23. 24*)**: allein gerade die politische Rolle, welche damals das *Nexum* spielte, zeigt, daß es mehr wie eine persönliche Angelegenheit, als wie eine bloße Vermögensfrage ange-

---

*) s. Cursus § 694. sub 2. c. **) Das merkwürdige Edict des volksfreundlichen Consul Servilius (a. 496 a. Chr.) lautete nach Liv. 2, 24 so: *ne quis civem Romanum vinctum aut clausum teneret, quominus ei nominis edendi apud consules potestas fieret; ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotesve ejus moraretur.*

sehen wurde; das Recht des Nexumgläubigers war ein Recht an der Person des *nexus,* das Vermögen desselben kam nur indirect in Frage, und es ist unwahrscheinlich, daß die XII Tafeln ein solches Recht am *corpus debitoris* ohne Weiteres sollten als theilbar proclamirt haben. Auch vom Census wissen wir, daß Jahrhunderte lang Forderungen und Schulden bei ihm nicht in Rechnung kamen. Die ganze Idee theilbarer und *ipso jure* getheilter Nachlaßforderungen und -Schulden trägt das Gepräge einer späteren Zeit. Wahrscheinlich ist mir also, daß die XII Tafeln nur den einen Satz betreffs der Erbtheilung enthielten, es solle ein besonderes Verfahren behufs Theilung der Nachlaßsachen (*familia, pecunia, res hereditariae*) stattfinden, wobei vielleicht über die zugehörigen *Sacra* eine Bestimmung hinzugefügt war. *Actio familiae herciscundae proficiscitur a lege XII tab.; namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur, aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur* (*Gai. fr. 1. pr. D. fam. herc. 10, 2*).

Erst seit der *lex Poetelia* konnte sich das vermögensrechtliche Wesen der Forderungsrechte frei entfalten, und nun entstand allerdings die Frage, ob jene Erbtheilungs-Vorschrift der XII Tafeln nur von körperlichen Nachlaßstücken, oder auch von den *nomina et debita hereditaria* gälte. Die *interpretatio XII tabularum* konnte da, an den einfachen Wortlaut dieses Gesetzes anknüpfend, leicht zu dem Resultat gelangen, daß es wegen der Forderungen und Schulden nicht des (bloß für Sachen vorgeschriebenen) Theilungsverfahrens bedürfe: *nomina et debita hereditaria ipso jure divisa esse.* In ähnlicher Weise war z. B. die einjährige *usucapio hereditatis* durch Wortinterpretation der XII Tafeln motivirt und sanctionirt worden (*Gai. 2, 54*).

Daß die *nomina et debita hereditaria ipso jure divisa* seien, ist als Satz der XII Tafeln theils so spät, theils so unbestimmt bezeugt, daß Bedenken dagegen nicht ganz ungerechtfertigt sind. Die bestimmteren Zeugnisse dafür beschränken sich auf einige Aeußerungen des Paulus (*fr. 25. § 9. 13. D. fam. herc. 10, 2*) und Anführungen in verschiedenen Kaiserconstitutionen (*Gordian: l. 6. C. fam. herc. 3, 36; Ant. Caracalla: l. 1. C. de except. 8, 36; Valerian: l. 1. C. si unus ex plur. hered. 8, 32; Diocletian: l. 7. C. de hereditar. act. 4, 16*); andere sonst noch citirte Stellen wollen noch weniger bedeuten.

Was nun jenes Theilungsverfahren anlangt, so mag dazu die alte *legis actio per arbitri postulationem** den legitimen Eingang gebildet haben, wenn nicht außergerichtliche Auseinandersetzung zu Stande kam (*fr. 57. D. fam. herc. 10, 2*); eine *legis actio* forderte Solennität der Rede, und daß eine solche bei dem Antrag auf gerichtliche Erbtheilung nöthig und auch nicht ganz einfach war, sehen wir aus einer Bemerkung Cicero's (*de orat. 1, 56, 237*), wo das *herctum ciere* als Voraussetzung des *familiae herciscundae judicium* neben der Solennität

*) s. Cursus § 146 und Excurse S. 125.

der *coëmtio* angeführt und dabei angedeutet wird, nicht Jedermann sei des erforderlichen Ritus ganz kundig: *qui, quibus verbis herctum cieri oporteat, nescit, idem herciscundae familiae causam agere non potest.*

Erctum citumque soll die alte Formel gewesen seyn (*Paul. ex Festo v. erctum citumque*). Ueber die eigentliche Bedeutung dieser Worte ist viel gestritten. *Herctum* möge, so sagen die Einen, das Stammgut (*heredium!*) bedeuten, welches in der Erbtheilung mobilisirt, flüssig gemacht, versilbert, getheilt werde (*ciere* = in Bewegung setzen). Andere verstehen unter *herctum ciere* ein *divisum provocare* (Rudorff in Puchta's Cursus d. Institut. III. § 314. Anm. *mm.*), was besser mit der Zurückführung der Solennität auf die alte *legis actio per arbitri postulationem* stimmen würde; *rerum hereditariarum distributionem per arbitrum postulare* (*fr. 1. pr. fr. 57. D. fam. herc. 10, 2*), oder (*nomine heredis*) *arbitrum familiae herciscundae postulare* (*Cic. pro Caec. 7*). Die lange erhaltene Redensart „*hercto non cito*" wurde gedeutet: *patrimonio vel hereditate non divisa* (*Donat. ap. Serv. Aeneid. 8, 642*). Vergl. Schöll *Legis XII tabularum reliquiae* (*Lips. 1866*) p. 132. Es mag in alter Zeit häufig gewesen seyn, daß *coheredes* in der Gemeinschaft des ererbten Besitzthums blieben, und so konnte Gellius (*N. A. 1, 9*) bei der Schilderung der *disciplina Pythagorica* recht gut folgenden Vergleich ziehen: *sed id quoque non praetereundum est, quod omnes simul, qui a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae pecuniaeque habebat, in medium dabant; et coiebatur societas inseparabilis, tanquam illud fuerit antiquum consortium, quod re atque verbo Romano appellabatur „hercto non cito".*

II.

Prätorische Rechtsmittel.

Zu § **865. 870**] A. Papinian unterscheidet in der schöpferischen Thätigkeit des Prätor ein Dreifaches: *jus praetorium est, quod Praetores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia* (*fr. 7. § 1. D. de J. et J. 1, 1*). Für jede dieser drei Richtungen nun lassen sich im Erbrecht karakteristische Beispiele aufweisen, und zwar schuf der Prätor das Neue theils in zusammenhängenden Grundsätzen, so daß er ein eignes Erbfolgesystem zu Tage förderte, theils in Gestalt einzelner Rechtsmittel und Rechtswohlthaten. Die wichtigsten dieser *remedia et beneficia* sind folgende:

1) Ein Unterstützen des Civilrechts liegt in der Gewährung des *interdictum quorum bonorum,* insofern desselben auch der Civilerbe sich zu seinem Vortheil bedienen kann,* des *interdictum quod legatorum,* welches dem Erben, auch dem Civilerben, in einem Falle, wo das Civilrecht ihn im Stiche läßt, einen possessorischen Schutz gewährt,** und der *cautio legatorum servandorum causa,* welche

*) s. Cursus § 870. **) s. Cursus § 871.

dem Legatar für einen gewissen Fall die nach Civilrecht mangelnde Sicherheit verschafft.*

2) Ein Ergänzen des Civilrechts sehen wir in dem *beneficium successorii edicti* (*Pap. fr. 2. D. de succ. ed. 10, 9*), welches die durch den altrechtlichen Mangel einer *successio ordinum et graduum* offengelassene Erbfolgelücke billig ausfüllt;** desgleichen in dem *spatium deliberandi*, welches dem ungebührlichen Zögern des Erben oder dem ungebührlichen Drängen der Erbschaftsgläubiger ein Maß setzt.***

3) Ein Corrigiren des Civilrechts zeigt sich in dem *beneficium abstinendi*, welches den *sui heredes* die Dereliction der Erbschaft und somit die Befreiung von der Last der Erbschaftsschulden verstattet,† in dem *remedium* (*s. commodum*) *separationis*, welches den Erbschaftsgläubigern (*creditores hereditarii*) die Befugniß ertheilt, vor den Privatgläubigern (*creditores heredis*) aus der Hinterlassenschaft Befriedigung zu erlangen (*fr. 1. § 5. 10. D. de separat. 42, 6*),†† sowie in der *actio legati*, welche gegen den testamentarisch eingesetzten Erben im Fall einer *fraudulosa omissio hereditatis* gewährt wird.†††

B. Auch die verschiedenen Besitzeinweisungen, welche der Prätor für erbrechtliche Zwecke einführte, gehören hierher.*† Von diesen ist eine, nämlich die *missio in possessionem* (*rerum hereditariarum*) *legatorum servandorum causa*, eigentlich nur als Executionsmittel zu verstehen, welches vom Prätor, um einen Zwang auf den die Caution verweigernden Onerirten auszuüben, gewährt wurde.**†

Die anderen zwei Prätorischen Besitzeinweisungen haben einen directen erbrechtlichen Zweck, indem sie während schwebender Entscheidung der Erbrechtsfrage zugunsten des präsumtiven Erben die Erbschaft selbst (nicht bloß in Detention geben, sondern) zu einstweiligem Genuß überlassen: dies sind die *missio ventris nomine*, welche einer Schwangeren bis zur Geburt ihres erbberechtigten Kindes gewährt wird, und die *missio ex edicto Carboniano*, welche für einen Unmündigen, falls demselben die Erbberechtigung bestritten wird, durch dessen Vormund erbeten werden kann und dem Unmündigen Besitz und Genuß bis zum Austrag des Rechtsstreits nach eingetretener Mündigkeit verschafft. In beiden Fällen bedurfte es eines Decrets, welches vom Prätor *causa cognita* ertheilt wurde: daher werden sie als *bonorum possessio decretalis* der gewöhnlichen *B. P. edictalis* (*s. ordinaria*) gegenübergestellt.***† Die erstere gewährt der Schwangeren selbst einen Anspruch auf Lebensunterhalt aus den Mitteln der Erbschaft (*fr. 1. § 19; fr. 9. D. de ventre in poss. mittendo 37, 9*), und es wird mit ihr eine *cura ventris* und bez. eine *cura bonorum*, in Ermangelung der letzteren wenigstens eine *custodia bonorum* durch die Erbschaftsgläubiger,

---

*) s. Cursus § 874. **) s. Cursus § 895. ***) s. Cursus § 856 a. E. †) s. Cursus § 859. ††) s. Cursus § 861 a. E. †††) s. Cursus § 858. 874. *†) s. Cursus § 218. 570. **† s. Cursus § 218 sub 2) u. § 874. ***† s. Cursus § 218. 570. 846. [wo zu lesen ist: *edictalis* (auch wohl *ordinaria*)].

verbunden (*fr. 1. § 17. 23. eod.; fr. 48. D. de admin. tutor. 26, 7*); die andere gewährt in derselben Weise dem Pupillen Anspruch auf Lebensunterhalt, (*fr. 5. § 3. D. de Carbon. ed. 37, 10*), sowie auf Erziehungskosten (*fr. 6. § 5. eod.*), und überträgt die Verwaltung der Erbschaft gegen Realcaution entweder dem Vormund (*fr. 15. eod.*) oder dem Gegner (*fr. 5. § 2. eod.*), in Ermangelung jeder Caution aber einem besonderen *curator bonorum* (*fr. 5. § 5. eod.*).

C. Es gehört zu dem merkwürdigen Proceß des allmählichen Ineinanderwachsens des civilen und prätorischen Erbsystems während der Kaiserzeit, daß das neuere Civilrecht dieser Zeit den Prätorischen Faden in die Hand nimmt und in seiner Weise fortspinnt. So sehen wir in dem *Sctum Tertullianum* und *Sctum Orphitianum** Ansätze zu einem ganzen System neuer Erbrechtsideen, gegründet auf dem reinen Cognationsprincip und völlig emancipirt von der altnationalen Potestasidee. Wir sehen ferner, wie an einzelnen Stellen des bisherigen Systems nachgeholfen und corrigirend eingegriffen wird: Beispiele davon sind jenes *Sctum Pegasianum*,** welches verordnete, daß der mit Universalfideicommiß belastete Erbe zum Erbschaftsantritt gezwungen werden könne, damit das Universalfideicommiß nicht zu Fall komme (*fr. 17. D. si quis omissa 29, 4*), und die durch ein *rescriptum D. Marci* sanctionirte *bonorum addictio libertatum tuendarum causa*,*** welche behufs Aufrechthaltung der letztwillig angeordneten Freiwerdungen und Verhütung der *bonorum venditio* dem sich freiwillig zur Uebernahme der Erbschaft Meldenden angeboten wurde. Die Rechtshülfe der Besitzeinweisung endlich wurde durch mehrere Kaiser gleichfalls in neuen Anwendungen anerkannt; dahin gehören die *missio in possessionem ex edicto D. Hadriani*† auf Grund eines äußerlich unversehrten Testaments, die s. g. *missio Antoniniana*†† zufolge eines Rescripts des Caracalla: *certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos: si post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerunt hi, quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est* (*fr. 5. § 16. D. ut in possess. legator. causa 36, 4*), sowie die *bonorum possessio furiosi nomine*, welche zufolge einer Constitution Justinian's (*l. 7. C. de curatore furiosi 5, 70*; v. J. 530) durch den *curator furiosi* für den Curandus erlangt werden kann, so daß der Curator die Verwaltung der Erbschaft bis zum Tode des Curandus bez. bis zu dessen Genesung erhält, und nach dem Tode des Wahnsinnigen die Erbschaft an den nächstberechtigten Erben herausgeben muß. — Von diesen drei Besitzeinweisungen ist die zweite ein bloßes Executionsmittel und daher ein Seitenstück, bez. eine Ergänzung der *missio legatorum servandorum causa*, während die beiden anderen in das System der *B. P. decretalis s. extraordinaria*††† gehören.

---

*) s. Cursus § 896. **) s. Cursus § 924. ***) s. Cursus § 840. †) s. Cursus § 872. ††) s. Cursus § 874 a. E. †††) s. Cursus § 846.

LVI—LX. Kapitel.

Die einzelnen Successionsarten.

(Zu § 875-926)

I.

Das Accrescenzrecht und die *lex Papia Poppaea.*

Zu § 879] A. Die erbrechtliche Accrescenz ist die Wirkung eines Grundgesetzes, welches sich im Römischen Erbrecht wie eine Naturordnung vollzieht: Ausfluß einer civilistischen Attractivkraft, welche nach Römischer Anschauung der einem Erben zufallenden Erbportion innewohnt. Diese Attractivkraft aber führt sich in letzter Wurzel auf das Wesen der Universalsuccession zurück, in welchem es liegt, daß, weil der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers in sich aufnimmt, die Qualität des Erben (*nomen heredis*) eine ungetheilte und totale, und wenn Miterben concurriren, nur der materielle Erfolg des Erbewerdens ein beschränkter und getheilter ist (Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. 43. S. 251). Durch diese Ungetheiltheit der Erbenqualität ist zugleich eine Expansivität in dem Sinn gesetzt, daß, wenn jener Beschränkungsgrund fehlt oder wegfällt, der erwerbende Erbe nicht bloß die ihm zunächst deferirte Portion erwirbt, sondern so viel dazu, als ihm eben nicht durch besonderen Erwerbsact Nebenberechtigter entrückt wird. M. a. W. die erworbene Portion attrahirt von der übrigen Erbschaft so viel, als ledig ist.

Ledig sind Erbschaftstheile, welche bei der letztwilligen Vertheilung der Erbschaft unberücksichtigt geblieben* oder aber in ungültiger Weise ausgesetzt sind, oder solchen Personen zukommen sollten, die dann, obwohl erwartet, gar nicht zur Existenz kommen* (*postumi*: *fr. 31. D. de acq. her. 29, 2*), oder die vor der testamentarischen Delation oder doch vor dem Erwerb (durch Unfähigwerden oder Tod) ausfallen. Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 245—248. Im engsten Sinn wird von Manchen unter Accrescenz nur der Zuwachs verstanden, welcher durch „Fehlschlagung einer Delation", d. h. durch Ausfall von Erben nach eingetretener Delation begründet wird, m. a. W. der Hinzuerwerb des erledigten Antheils eines Mitberufenen. Uebrigens ergibt sich aus dem Gesagten, daß sowohl bei testamentarischer, als auch bei gesetzlicher Erbfolge Accrescenz in Frage kommen kann. Vergl. Baumeister d. Anwachsungsrecht unter Miterben nach R. R. (Tüb. 1829.) § 2. 13. Mayer d. Recht d. Anwachsung bei d. testam. u. gesetzl. Erbrechte u. bei Legaten u. Fideicommissen (Tüb. 1835) S. 221 ff. Witte in Weiske's Rechtslexicon I. S. 295. 377. Mühlenbruch a. a. O. S. 270. 303. Baron d. Gesammtrechtsverhältnisse im R. R. (Leipz. 1864) S. 420.

---

*) s. Cursus § 878. **) s. unten Excurse S. 577.

Außerdem wird der Ausdruck *accrescere* „auch auf das im vorjustinianischen Recht stattfindende Recht präterirter Töchter und Enkel bezogen, neben dem Testamentserben, wie wenn auch sie mit eingesetzt wären, zu erben.* Von diesem Recht — welches nach der richtigen Bemerkung Witte's (a. a. O. S. 270) nicht sowohl ein Anwachsungs-, als vielmehr ein Einwachsungsrecht zu nennen ist — wurde bereits in Thl. 36. S. 338ff. gehandelt" (Mühlenbruch a. a. O. S. 244). *Gai. 2, 124; Ulp. 22, 17: Filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, valet testamentum; scriptis heredibus accrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam.*

B. Sowohl der Grund des Accrescenzrechts im Allgemeinen, als auch der Umfang dieses civilistischen Begriffs ist bestritten.

1) Brinz (Lehrb. d. Pandekten, Erlang. 1860. II. S. 831) meint, nicht die principielle Ungetheiltheit der erbmäßigen Berufung, sondern die unerläßliche Vollständigkeit der Erbfolge sei der gemeinschaftliche Grund aller Accrescenz, d. h. die Idee, daß „kein leerer Raum in der *hereditas,* keine vacante Portion" geduldet werden dürfe. Dagegen habe ich Folgendes einzuwenden: a) Diese Idee enthält bloß eine Negative und gibt keinen Maßstab des Accrescirens, wie er allerdings durch die Idee einer attractiven Totalität der Erbfolge gegeben ist, denn zufolge dieser stellt sich heraus, daß je größer die attrahirende Portion, um so größer das Accrescirende ist (*accrescit pro hereditariis portionibus*). b) Die Brinz'sche Idee ist als Princip unerwiesen und untrifftig, denn es wäre an sich sehr wohl möglich und den Römischen Principien nicht ohne Weiteres entgegen, das Aerar oder den Fiscus in die ledige Portion eintreten zu lassen, d. h. sie für *bonum vacans* zu erklären, oder die ledige Portion an die Intestaterben des nächsten *ordo* oder *gradus* gelangen zu lassen; wir müssen also fragen, warum statt dessen der Accrescenzweg eröffnet wurde: auf diese Frage gibt nur die Attractividee, nicht die Vacanzidee Antwort. c) Mit den angegebenen Schwächen des von Brinz aufgestellten Princips hängt die Künstlichkeit seiner Accrescenztheorie zusammen, welche sich darin zeigt, daß er zwei andere Sätze zu Hülfe nehmen muß, um einen positiven Boden und eine bestimmte Grenze zu gewinnen; er sagt: „Aber wann überall eine Portion vacant sei, ist mit obigem noch nicht bestimmt. Auf diese Bestimmung beziehen sich zwei andere Sätze; einmal der, daß *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest:* wonach ein untestirter Theil nicht *ab intestato* deferirt werden, also vacant seyn soll; dann der, daß die gesetzliche Berufung über eine gewisse Classe, Linie, Stamm oder Grad nicht hinausgeht, so lange noch Delaten derselben Classe, Linie, desselben Stammes oder Grades da sind: denn dadurch entsteht nothwendig eine Vacanz, sobald einer der Berufenen wegfällt". Bei der Vacanzmaxime sind diese zwei Rechtssätze von Außen herbeigeholt und müssen als willkürliche oder positive Rechts-

---

*) s. Cursus § 886 a. E.

sätze für sich begründet werden, während sie bei der Attractionsmaxime sich innerlich aus dieser selbst entwickeln und ergeben. Wir gewinnen — und das ist ein großer Vorzug der Attractionsmaxime — mit dieser eine einfache und bestimmte Basis jenes außerdem gar nicht eigentlich erklärbaren Satzes: *nemo pro parte testatus* u. s. w., denn derselbe erklärt sich von selbst, wenn man von der Idee ausgeht, daß der Testator jeden Eingesetzten im Grunde zur vollen Repräsentation, zum Universalsuccessor, subsidiär also zum Ganzen (als Totalerben) beruft. Ebenso ergibt sich die Ausschließung des entfernteren *ordo* und *gradus* gleichfalls von selbst durch die Idee, daß die gesetzlich nebeneinander Bevorrechtigten, jeder als subsidiär zum Ganzen berufen, die Entfernteren nothwendig ausschließen. Die Attractividee also ist nicht bloß einfacher (als die Vacanzidee), sondern bringt auch in andere wichtige Rechtssätze des Römischen Erbrechts Licht und Zusammenhang.

2) Ueber die Grenzen, welche dem Accrescenzbegriffe zu ziehen seien, bemerkt Mühlenbruch (in Glück's Comment. Thl. 43. S. 246—8): „In früherer Zeit fand keine Verschiedenheit Statt zwischen den testamentarischen Anordnungen, welche als gar nicht vorhanden anzusehen sind, und zwischen denen, welche durch das Wegfallen eines an sich gültig Berufenen erledigt wurden. Freilich änderte sich dies in der Folge (*fr. 26. § 6. D. de fideic. libert. 40, 5; fr. 5. D. de his quae pro non scriptis 34, 8*), und es ist daher allerdings zu billigen, wenn das eigentliche Anwachsungsrecht und die Wirkung des Ausfalls einer *pro non scripto* zu achtenden Zuwendung als verschiedene Rechte dargestellt werden. Wenn aber Manche auch das Wegfallen eines auf gehörige Art Berufenen, welches beim Leben des Erblassers erfolgt, nicht als Ursache eines eigentlichen Anwachsungsrechts gelten lassen wollen (*fr. 61. § 1. i. f. D. de legat. II*), so dürfte sich dafür schwerlich ein genügender Rechtfertigungsgrund anführen lassen. Wir erblicken hier nicht bloß ähnliche Erscheinungen, sondern in der That treten ganz die nämlichen Wirkungen ein, wie wenn das Wegfallen sich nach des Erblassers Tode ereignet ... Auch stellt das wichtigste Gesetz über Anwachsungsrecht das Recht der Theile, welche *in causa caduci* waren (d. h. noch beim Leben des Testator wegfielen), den später wegfallenden (den eigentlichen *caduca*) völlig gleich. Und selbst die Berufung eines Postumus, welcher nicht erscheint, begründet für die Miterben wahres Anwachsungsrecht (*fr. 31. D. de acq. her. 29, 2*). Zwar ist auch dagegen bemerkt, es sei kein wahres Anwachsungsrecht, sondern nur etwas diesem Recht der äußeren Erscheinung nach ganz ähnliches gemeint (Schneider Anwachs.-R. S. 42). In der That aber geht hier Alles darauf hinaus, daß, wenn einem Postumus mit Anderen ein Vermächtniß zugewandt war, einige Abweichung von dem regelmäßigen Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen zugelassen wurde, gestützt auf den wahrscheinlichen Willen des Testator, der ja nie und zu keiner Zeit, auch als dies Recht noch unter dem Einfluß der Zuwen-

dungsformeln (*legatum per vindicationem* u. s. w.) stand, unberücksichtigt bleiben dürfte."

C. Auf ordentlichem Wege fällt die Accrescenz hinweg: 1) wenn der Testator durch Substitutionen für das Schicksal der ledigen Portion gesorgt hat;* 2) wenn der Fall einer Transmission des Erbrechts begründet ist.** Außerordentliche Ausschließung der Accrescenz findet Statt: 1) in gewissen Caducitätsfällen der *lex Julia et Papia Poppaea,* und 2) im Fall der Indignität des Berufenen.*** Von dem letzteren ist schon die Rede gewesen;† von den hierher gehörigen Bestimmungen des Papischen Rechts sagt Mühlenbruch (a. a. O. S. 256):

„Wenn von mehreren im Testament ernannten Erben einzelne ihren Antheil nicht erwarben (oder wenn Vermächtnißnehmer ausfielen), so sollte nicht, wie früher, das Anwachsungsrecht eintreten (oder das ausgefallene Vermächtniß bei dem Onerirten oder in der Erbschaft bleiben), sondern caduc werden, d. h. dem Aerarium anfallen, jedoch mit einem Vorzug der in dem Testament begabten Personen, welche Kinder hatten (*heredes vel legatarii patres*); diesen war die *caducorum vindicatio* zugestanden. Auch verblieb den im Testament eingesetzten Adscendenten und Descendenten (bis zum 3. Grad) das *jus antiquum,* d. h. das Anwachsungsrecht, so wie es früher allen Miterben zu Statten gekommen war, und ebenso blieb es in Ansehung derjenigen Theile, welche *pro non scriptis* galten, beim alten Recht, d. h. sie fielen an die Miterben (oder blieben, wenn es Vermächtnisse waren, bei dem Onerirten oder in der Erbschaft); es konnte aber durch Substitutionen auch das Recht der Caducität ausgeschlossen werden (Schneider d. altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der *lex Julia et Papia.* Berl. 1837. S. 91 ff. 203 ff. Huschke in Richter's krit. Jahrbb. 1838. IV. S. 314 ff. Witte in Weiske's Rechtslex. I. S. 309 ff.). Hieraus erklärt sich die in unseren Quellen übliche Bezeichnungsart des Anwachsungsrechts durch *jus antiquum,*†† die auch von der Anwachsung bei der Intestaterbfolge gebraucht wird (*fr. 1. § 9. 10. D. ad Sct. Tertull. 38, 17*), obgleich hierauf das Papische Recht nie den geringsten Einfluß gehabt hat." In der christlichen Kaiserzeit wurde aber dieses Papische Recht allmählich beseitigt, und Justinian stellte das *jus antiquum* definitiv wieder her (*l. un. C. de caduc. toll. 6, 51*).†††

D. Das Anwachsungsrecht beruht nicht auf einer präsumtiven oder stillschweigenden Delation, welche eventuell, d. h. nachträglich erfolgte, sondern (wie oben ausgeführt wurde) auf der Natur der Erbfolge an sich. Hieraus folgt: 1) Die Anwachsung geschieht mit innerer Nothwendigkeit, d. h. sie kann weder vom Testator durch ein bloßes Verbot vereitelt, noch auch von dem Erben, welcher die attrahirende Por-

*) s. Cursus § 880. **) s. Cursus § 853. 980. ***) s. Cursus § 839. †) s. oben Excurse S. 556. ††) In derselben Weise bezeichnet Scaevola das Recht der *postumi* vor der *lex Junia Velleia* (s. unten Excurs II.), welche einige neue Bestimmungen über die Erbeinsetzung gewisser *postumi* traf, und Papinian das Recht vor der *lex Falcidia* als *jus antiquum* (*fr.* 29. § 7. *D. de lib. instit.* 28, 2 u. *fr.* 42. § 1. *D. de m. c. don.* 39, 6).
†††) s. Cursus § 977.

tion erwirbt, abgelehnt werden; die accrescirende Portion wird diesem *ipso jure*, ohne Wissen und Willen, erworben (*fr. 31. 35. pr.; fr. 53. § 1; fr. 76. pr. D. de acq. her. 29, 2*).

2) Der organische Proceß des Accrescirens vollzieht sich nicht im Subject, sondern im Object, *portio portioni accrescit;* daher, wenn ein Erbe nach Erwerbung seiner Portion, und bevor sein Miterbe angetreten hat, stirbt, kann die Accrescenz noch in der Person des Erben jenes Erben erfolgen (*fr. 26. § 1. D. de condit. 35, 1; fr. 9. D. de suis 38, 16*).

3) Der ledige Theil accrescirt frei, *portio ad coheredem pertinet sine onere legatorum et fideicommissorum* (*Jul. fr. 61. § 1. D. de legat. II.* u. *Cels. fr. 29. § 1. 2. eod.*). Diese Regel galt lange Zeit für die Accrescenz im engern Sinn so gut, wie für den Fall einer *pro non scripta* geachteten Erbeinsetzung. Anders verhielt es sich mit dem Recht der *caducorum vindicatio* des Papischen Rechts, welchem zufolge *caduca cum suo onere fiebant* (*Ulp. 17, 3*). — Erst auf Grund eines Rescripts des Septimius Severus, welches dem *substitutus* die *onera* des *institutus* aufbürdete (*fr. 74. D. de legat I*), entschied Ulpian dafür, daß der Accrescenzberechtigte als ein „*quasi substitutus*" die accrescirende Portion nur *cum suo onere* erwerbe (*fr. 49. § 4; fr. 61. § 1. D. de legat. II*). Mit diesem neuen Satze erfuhr das Accrescenzrecht eine wesentliche Modification, und in dieser Gestalt wird es von Justinian bestätigt: wird ein Erbtheil als *non scriptum* ledig, so geht er regelmäßig *sine suo onere* auf den Miterben über (*l. un. § 3. C. de caduc. toll. 6, 51*), während das eigentliche *jus accrescendi* regelmäßig die Verpflichtung zur Uebernahme der Lasten im Gefolge hat (*l. un. § 9. 10. 14. cit.*).

E. Accrescenz bei Legaten. In der eben angeführten Modification des Accrescenzrechts lag die Idee angedeutet, daß das Accresciren auf einer nachträglichen Delation an den Accrescenzberechtigten beruhe. Die classische Jurisprudenz verwies dafür auf die Analogie der Vulgarsubstitution; es hätte auch auf die Conjunction, welche sich als ein civilistisches Seitenstück der Substitution bezeichnen läßt,* verwiesen werden können. Indem den *conjuncti coheredes* ein Vorzug im Accresciren eingeräumt und insoweit ein Recht des Ausschlusses vom Accrescenzrecht (in Ansehung der disjungirten Miterben) dem Testator eingeräumt ward, war ausgesprochen, daß das Accrescenzrecht nicht mehr schlechthin bloß „ein Ausfluß der Universalität des Erbrechts", sondern theilweise zugleich freies Erzeugniß des „wahrscheinlichen Willens des Testator" sei. Vergl. Burchardi (üb. d. Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen) in Bekker's Jahrb. d. gem. R. V. 1862. S. 7. Ganz besonders aber bildete der präsumtive Wille des Erblassers den Ausgangspunkt einer sich allmählich befestigenden Praxis, welche auch für Collegatare ein Accrescenzrecht statuirte: denn man konnte

---

*) s. oben Cursus § 878.

recht wohl, wenn der Erblasser Mehreren ein gemeinsames Vermächtniß aussetzte, ohne jeden einzelnen Collegatar ausdrücklich auf seinen Antheil zu beschränken, sagen, er habe jedem eventuell das Ganze zuwenden wollen; *conjunctim legari hoc est: tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri* (*Cels. fr. 80. D. de legat. III*). Von diesem Grundgedanken aus (Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. 43. S. 252 ff.) wurde aber dann ein ganzes System von Accrescenzregeln ausgebildet, welche als „subsidiäre Rechtsnormen" die letzten Willen nicht mehr bloß interpretirten, sondern auch supplirten (Burchardi a. a. O. S. 12). Ausführlich wird dieses System von Gaius (*2, 199. 205. 206—208. 215. 223*) dargestellt. Es wurde insonderheit unterschieden, ob das Vermächtniß *per vindicationem, per damnationem* oder *sinendi modo, disjunctim* (d. h. in getrennten Sätzen) oder *conjunctim*, mit Bestimmung der Theile oder unbestimmt ausgesetzt sei. In beträchtlicher Weise hatte freilich das Papische Recht das Anwendungsgebiet des Accrescenzrechts eingeschränkt, wie oben schon angemerkt ist. — Seitdem nun durch die von Constantin angeordnete Abschaffung der alten Legatsformen (*l. 21. C. de legat. 6, 37*) dem bis dahin geltenden Accrescenzrecht der Collegatare die Hauptgrundlage genommen war, entstand das Bedürfniß eines Neubaus der Theorie, wozu aber erst Justinian nach Beseitigung sowohl des *jus caducarium*, als der Unterschiede zwischen Legaten und Fideicommissen (a. 529) sich entschloß (a. 534: *l. un. § 11. C. de caduc. toll. 6, 51*).

Bei dieser Justinianischen Reform „sind vorzüglich die Grundsätze benutzt, welche früher für das *legatum per vindicationem* galten, und es wird nicht unterschieden, ob das Vermächtniß ein Legat oder ein Fideicommiß ist, ob dasselbe eine Sache oder eine Summe oder irgend etwas Anderes betrifft, ob eine Mehreren vermachte Sache ihnen von demselben Onerirten gegeben werden soll, und ob der Testator die Theile der Collegatare bestimmt hat oder nicht, sondern einzig und allein, ob die zu demselben Gegenstande berufenen Legatare *conjunctim* oder *disjunctim s. separatim*, also ob sie zusammen in demselben Satz oder in getrennten Sätzen honorirt sind. In beiden Fällen sollen sie das Object des Vermächtnisses unter sich theilen, wenn sie zur Succession gelangen, und es soll auch bei *disjunctim* ernannten Collegataren nicht der eine die Sache, der andere den Werth fordern können, wie es früher unter Umständen der Fall war (*Gai. 2, 205. 206. Ulp. fr. 24, 13*). Gleichfalls soll aber in beiden Fällen auch das Anwachsungsrecht Platz greifen, wenn einer der Collegatare wegfällt, jedoch mit dem Unterschiede, daß *conjunctim* mit ihm berufene Collegatare die vacante Portion ausschlagen können, aber wenn sie dieselbe annehmen, auch die dem Weggefallenen vom Testator auferlegten Lasten übernehmen müssen; *disjunctim* oder *separatim* ernannte Collegatare dagegen das Legat nur ganz oder gar nicht ablehnen dürfen, aber auch nicht die dem Weggefallenen auferlegten Lasten zu übernehmen brauchte . . . Justinian hat damit etwas Neues verordnen wollen, und die neuen Be-

stimmungen ersetzen, trotz der ihnen von Mehreren vorgeworfenen Dürftigkeit, das alte System in jeder Hinsicht.“ „Gerechten Tadel würde es verdienen, wenn Justinian die Absicht gehabt hätte, die alte Regel *partibus collegatariorum a testatore adjectis, cessat jus accrescendi in legatis* bestehen zu lassen, ohne dies mit einem Worte anzudeuten. Denn das neuere Recht entkräftet das ältere ja doch nicht bloß, insoweit es dasselbe ausdrücklich aufhebt, sondern auch insoweit es damit unvereinbare Bestimmungen enthält. Unvereinbar aber ist die alte Regel, daß das Accrescenzrecht wegfällt, sobald der Testator die Theile der Collegatare bestimmt hat, mit der neuen Justinianischen Regel, daß dasselbe immer stattfindet, wenn Mehrere, sei es *conjunctim* oder *disjunctim,* zu einem und demselben Vermächtniß berufen sind.“ Burchardi a. a. O. S. 16. 23.

II.

Die Freiheit des letzten Willens.

Zu § **875. 883**] A. Während die gewöhnliche Tragweite des Privatwillens sich auf einzelne Rechtsverhältnisse, welche begründet, abgeändert oder aufgehoben werden, beschränkt, ist ihm unter gewissen Bedingungen eine größere Tragweite verstattet: die Schöpfung von ganzen Rechtssphären. In zwei Hauptanwendungen finden wir diese eminente Schöpferkraft des Privatwillens vom Römischen Recht anerkannt: die eine ist die *manumissio,* durch welche eine bis dahin nur *jure naturali* bestehende Persönlichkeit und Vermögenssphäre zur vollen Rechtsbeständigkeit erhoben, d. h. *jure gentium et civili* erst ins Leben gerufen wird; die andere ist die *heredis institutio*, welche die Verfügung über ein bestehendes Vermögensganze, ein Hineinstiften der eignen Vermögenssphäre in die eines Anderen (des Erben) und so gewissermaßen die Umschaffung einer Rechtssphäre ist.

Die Welt des letzten Willens war ursprünglich ein Gebiet unbeschränkter Freiheit des Römers; es gibt keine Richtung menschlicher Sympathie und Antipathie, welche nicht in irgend einem Satze des Römischen Erbrechts Ausdruck gefunden hätte. Der *paterfamilias,* der über sein Lebensende hinaus Vorsorge traf, konnte seine „*familia*“ Einem als Totalerben, oder aber einer beliebigen Anzahl concurrirender Theilerben bestimmen; er konnte unter den mehreren Berufenen durch Bestimmung gleicher und ungleicher Erbtheile, oder mittels Conjunction oder Substitution Gruppen mit verschieden abgestuften Rechten und Vorrechten anordnen; er konnte in providentieller Sorgfalt für das an unmündige Erben gelangende Vermögen einen oder mehrere Vormünder ernennen; ja er konnte, da ein Vormund auch in Verbindung mit dem Pupillen nicht Alles vermochte und namentlich nicht letztwillig über das Pupillargut verfügen durfte, hierin die Vormundschaft ergänzen durch Vorausfertigung eines eventuellen letzten Willens an Stelle des künftigen Pupillen (Pupillarsubstitution). Er konnte den ein-

gesetzten Erben eine Frist für den Erbschaftsantritt bestimmen, sie mit Legaten und Prälegaten, Singular- und Universalfideicommissen belasten, das Jemandem ausgesetzte Vermächtniß Einem oder mehrern der sämmtlichen Erben, zu gleichen oder ungleichen Theilen, auferlegen, die Erbeinsetzung von Suspensivbedingungen abhängig machen oder mit irgend welcher Auflage (*modus*) verknüpfen. Er konnte seinen Erben verpflichten, durch Errichtung eines Monuments seinen, des Erblassers, Namen zu verewigen, vielleicht auch den Erben ermächtigen, durch Nachholung eines Adoptivactes die Familienrechte des Erblassers, (namentlich die Patronatsrechte desselben) zu erlangen: wenn es richtig ist, daß die in nichtjuristischen Quellen erwähnte *adoptio testamentaria in nomen et familiam defuncti* (z.B. *Cic. Brut. 58; de offic. 3, 18; ad Att. 15, 12; Suet. Jul. 83; Tib. 6; Galb. 17; Tac. Ann. 1, 8; Plin. Ep. 8, 18*) nicht immer eine bloße *heredis institutio sub conditione nominis ferendi,* sondern öfters die Ermächtigung bedeutete, die Bestätigung der testamentarisch verheißenen Adoption (entweder in Curiatcomitien oder mittels Rescripts) nachzusuchen: ersteres ist die Ansicht Dirksen's (Versuche z. Kritik u. Auslegung der Quellen d. R. R. Leipz. 1823. S. 73—88), letzteres die Ansicht Zimmern's (Geschichte d. Röm. Privatrechts. I. S. 818—821).

B. Eine zweite Frage ist die, ob der testirende Römer auch in Ansehung der Personen, welche er letztwillig (durch Erbeinsetzung oder Vermächtnißzuwendung) zu ehren gedachte, der gleichen Freiheit genoß. Die älteste Zeit antwortet darauf mit Ja. Zwar daß er nur Römische Bürger mit einer Erbportion oder einem Legat bedenken konnte, war vom allgemein menschlichen Standpunkt aus eine Schranke des letzten Willens, allein vom Römischen Nationalstandpunkt aus war das keine Schranke des Wollens, sondern ein Postulat der Dignität. Dasselbe ist rücksichtlich der zur Strafe* von der *testamentifactio passiva* Ausgeschlossenen zu sagen, und die Frage der Einsetzbarkeit von *incertae personae* hat mit der Freiheit des letzten Willens eigentlich gar nichts zu thun. Uebrigens war der letzte Wille des Römers unbeschränkt; er konnte selbst Sklaven, die in seiner Gewalt waren, letztwillig einsetzen, indem er ihnen zugleich die Freiheit verlieh, und anderseits konnte er selbst seine nächsten Angehörigen unberücksichtigt lassen und etwa mit Uebergehung der ganzen Familie Fremde zu Erben ernennen. Der *paterfamilias* war eben Souverän in seiner Privatwelt, und wenn er seine Machtfülle nicht mißbrauchte, so geschah es nur, weil individuelle Liebe und gemeine Tradition den Mund, die Hand des Testator regierten.

Mit der Erkaltung der Familienliebe und Schwächung der gemeinen Tradition entstand daher das Bedürfniß, gewisse positivrechtliche Schranken gegen den Mißbrauch aufzurichten. Dieselben lassen sich nur zum geringern Theil auf ausdrückliche Gesetze zurückführen, und

*) s. Cursus § 883 z. A.

nur langsam und schwer gelangte man, zuerst in der *fori disputatio,* zu dem Entschluß einer solchen Beschränkung der Privatsouveränetät. Vier Stufen lassen sich an dieser Rechtsentwicklung unterscheiden; dieselben können gewissermaßen als die Vorstufen des cognatischen Pflichttheilsrechts* bezeichnet werden, durch welches zuerst das Familienprincip in ein gewisses Gleichgewicht mit dem Individualprincip** kam. 1) Berücksichtigung der Interessen der Nachgebornen (*postumi*) in Gemäßheit des Rechtssatzes***: *postumi testamentum agnatione rumpunt* (*Ulp. 22, 18*); 2) Begünstigung der *sui heredes* durch Verbot der Präterition:† *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* (*Ulp. 22, 14*); 3) Zurücksetzung der Frauenspersonen durch Verbot ihrer Erbeinsetzung in Betreff aller größeren Erbschaften†† (*lex Voconia* 169 v. Chr.) und 4) Begünstigung der *instituti heredes* durch Verbot der Ueberlastung ihrer Erbportion††† (*lex Falcidia* 40 v. Chr.).

Der erste und zweite Fall ist aus der Praxis hervorgegangen, der dritte und vierte Fall durch Gesetz eingeführt. In jenen Fällen wird Wahrung des Familiensinns, in diesen Verhütung der Vermögenszerstücklung bezweckt. In den ersteren Fällen liegt der Gedanke, den Testator zu beschränken, noch nicht nothwendig und direct vor, vielmehr kann der ursprüngliche Gedanke hier der gewesen seyn, dem vermuthlichen wahren Willen des Testators zum Sieg über den ausgesprochenen, aber im Irrthum wurzelnden untrifftigen Willen zu verhelfen; in den anderen zwei Fällen dagegen zeigt sich die directe Schranke des letzten Willens nackt und bloß. Wahrscheinlich sind jene Fälle älteren Ursprungs als diese. Daß nämlich der sub 1) aufgeführte Rechtssatz vor der *lex Voconia* dagewesen seyn muß, läßt sich daraus schließen, weil diese *lex* den Gedanken einer Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts zur Geltung brachte, jener Rechtssatz aber sich diesem Gedanken gegenüber noch gleichgültig verhält (Ad. Schmidt d. formelle Recht der Notherben. Leipz. 1862. S. 8. Anm. 16); außerdem macht die verdeckte und versteckte Art der Willensbeschränkung, welche im ersten Falle vorliegt, das ältere Datum desselben wahrscheinlich. Dasselbe gilt von dem zweiten Falle (vergl. dazu Bachofen die *lex Voconia* und die mit ihr zusammenhängenden Rechtsinstitute; Basel 1843. § 14), daher auch diesem ein höheres Alter, als den zwei letzteren Fällen zu vindiciren seyn dürfte. Offenbar enthalten die genannten vier Fälle oder Stufen eine durchgehende Steigerung der Schroffheit; der letzte Fall zeigt die unmittelbare Vorstufe des Pflichttheilsrechts.

Ueber den Fall sub 1) sagt Ad. Schmidt (a. a. O. S. 8): „Naturgemäß wendete sich die Jurisprudenz zuerst dem Punkte zu, welcher von allen der dringendste war, nämlich wo der *suus* im Testament über-

---

*) Neben der Beschränkung durch dieses Pflichttheilsrecht, welche aus der Centumviralpraxis hervorging, sind die noch weit rücksichtsloseren Beschränkungen zu nennen, welche durch die *lex Papia Poppaea* und *Furia Caninia* eingeführt wurden. **) s. Cursus § 806. ***) s. Cursus § 883 sub c. †) s. Cursus § 884. ††) s. Cursus § 883 sub a. †††) s. Cursus § 917.

gangen ist, weil er übergangen werden mußte, also dem *postumus*. Zwei Wege ließen sich hier einschlagen: entweder man verlieh auch ihm die *testamentifactio*, durchbrach also den Satz von der Uneinsetzbarkeit der *incerta persona*, oder man ließ ihn erben trotz dem Testament. An den ersten Weg dachte die alte Zeit nicht; erst eine sehr viel spätere erhob sich mühsam und allmählich zu diesem Standpunkt. Dagegen finden wir schon sehr früh den entscheidenden Satz, mit welchem die ganze Entwicklung des Notherbrechts in karakteristischer Weise beginnt: *postumi agnatione testamentum rumpi* (*Ulp. 22, 18; Gai. Visigoth. II, 3. § 2; fr. 12. D. de liberis instit. 28, 2; fr. 1. 3. § 3. 6. fr. 8. 12. pr. D. de inj. testam. 28, 3*). Wir sagen: sehr früh, weil schon Cicero denselben zu wiederholten Malen als einen solchen hervorhebt, der so zweifellos feststehe, daß kein Sachwalter wagen könne, ihn anzufechten (*pro Caec. 25; de orat. 1, 57*). Der Satz selber ist geradezu eine Durchbrechung des Rechts der XII Tafeln, vielleicht durch den Gedanken vermittelt, daß diese Ungültigkeit des Testaments als der wahre Wille des Testator selbst zu betrachten sei."

Noch nicht das Uebergehen (des *postumus*) machte das Testament nichtig, vielmehr war dasselbe an sich gültig und blieb gültig, wenn keine lebende Geburt zur Welt kam; bis dahin schwebte die Frage; allein mit dem Eintritt der lebendigen Geburt erfolgte die Vernichtung. „Die Bedeutung der Ruptur ist absolute Vernichtung des Testaments. Demnach kann daraus gar nichts gefordert werden, selbst kein Legat; das Testament bleibt ungültig, auch wenn der *postumus* vor dem Erblasser stirbt, und es tritt, sofern der Testator kein neues Testament macht, mit Nothwendigkeit Intestaterbfolge ein. Da der *postumus* im Testament nicht zum Erben ernannt werden kann, so hat der Testator kein Mittel, diese Ruptur zu verhindern. Der Satz: *postumi agnatione testamentum rumpi*, ist daher unbedingt und ohne Einschränkung wahr". Schmidt S. 11. 12.

Der Fall sub 2) mag etwas jüngeren Ursprungs seyn, denn a) bei ihm zeigte sich eine Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts und eine Zurücksetzung des letzteren: ein Moment, welches dann in der *Voconiana ratio* noch eclatanter hervortritt; b) während im ersten Fall die Möglichkeit, daß das Testament selbst gar nicht der Ausdruck des wahren Willens des Testator sei, sehr nahe lag, trat im zweiten Fall diese Möglichkeit schon weit mehr zurück und in demselben Maße ein Zwang des Testatorwillens hervor (Schmidt S. 7. 19); c) in Betreff des zweiten Falls war eine sehr wichtige Frage, die über den entscheidenden Zeitpunkt der Ungültigkeit, noch zur Zeit des Gaius (*2, 123*) controvers; dieses Schwanken des Bodens spricht für verhältnißmäßige Jugend.

Die Zeit und die Zeitfolge des Ursprungs der beiden letzten Fälle aber sind hinreichend bestimmt.

C. Arten der *postumi*. „Seitdem mit der Anerkennung eines Notherbenrechts des *suus jam natus* der Satz verbunden war, daß die-

sem Recht im Testamente selber sowohl durch Institution, als durch Exheredation genügt werden könne: was lag da näher, als der Gedanke, daß es bei Postumen ganz ebenso müsse gehalten werden können, also auch ihnen *testamentifactio* einzuräumen sei? In der That nahm das Römische Recht diesen Entwicklungsgang.* Karakteristisch ist dabei, daß man auch hier, wie anderwärts, nicht mit Aufstellung einer allgemeinen, der bisherigen entgegenstehenden, Regel begann, sondern vielmehr, einen einzelnen Fall nach dem andern entscheidend, vorsichtig und allmählich zu einem neuen Grundsatze sich erhob. Drei Stufen der Entwicklung lassen sich hier unterscheiden: die nach dem Tode des Testator geborenen eigentlichen Postumen, die bei seinen Lebzeiten geborenen, endlich die *postumorum loco* umfassend.“ Schmidt S. 26.

1) *Postumi sui*, welche als *postumi antiqui juris*** bezeichnet werden. Mit Recht bemerkt Schmidt (S. 26. 27), daß dieser Fall der dringendste war, „denn in den beiden anderen Fällen war dem Erblasser regelmäßig ein sicheres, wenn auch wenig bequemes Mittel geboten in der Errichtung eines neuen Testaments“. „Für den ersten Fall sorgte nach dem Zeugniß von Ulpian (*22, 19*) das *jus civile*, d. i. die Jurisprudenz und auch hier nicht mit Einem Male vollständig. Ihr erster Schritt bestand nämlich darin, daß sie die passive *testamentifactio* derjenigen erst nach dem Tode des Erblassers zur Welt Kommenden anerkannte, von denen es schon zur Zeit der Testamentserrichtung feststand, daß sie, wenn dereinst überhaupt geboren, als *sui* des Testator werden geboren werden, also der Postumen des ersten Grades und derjenigen des zweiten, deren Erzeuger schon in jenem Zeitpunkte nicht mehr lebte“.

2) *Postumi Aquiliani*. Dieselben gehören noch zu der ersten der von Schmidt unterschiedenen Stufen. Schmidt (S. 27) sagt über sie: „Der zweite Fortschritt auf diesem Gebiet knüpft sich an den Namen des Juristen Aquilius Gallus, den bekannten Zeitgenossen von Cicero.† Nach dem Zeugniß von Scaevola (*fr. 29. pr. D. de lib. inst. 28, 2*) war er es, der zufolge der Institutionsformel: *Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in X mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto.* Das Neue dieser Formel besteht darin, daß sie es dem Großvater möglich macht, die als seine *sui heredes* zur Welt kommenden *nepotes postumi* zu einer Zeit zu Erben einzusetzen, wo ihr Erzeuger noch lebt. Demnach muß dem Notherbenrecht Zweier im Testament genügt seyn. Zuerst dem des Sohnes: also durch gehörige Institution desselben oder durch gehörige Exheredation (weil das keine

---

*) Man könnte denken, die Statthaftigkeit der Erwähnung eines *postumus* im Testament sei älter, als die Nothwendigkeit der Erwähnung eines *suus jam natus*, da bei ersterem das Bedürfniß eines solchen Rechtssatzes dringender war; indeß spricht für das umgekehrte geschichtliche Verhältniß die in der *incertitudo personae* (*postumi*) liegende civilistische Schwierigkeit; auch scheint dafür Ulpian's Aeußerung zu sprechen: *Postumi ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum adgnascendo rumpant.* **) Schmidt (S. 27. Anm. 76) verwirft den sonst dafür gleichfalls gebrauchten Ausdruck: *postumi legitimi*, weil ihr Begriff auf keiner *lex* beruht. †) s. Cursus § 187

besonderen Schwierigkeiten hatte, deshalb wird es bei der obigen Form als geschehen vorausgesetzt). Zweitens dem des Enkels: hier liegt der Kern der Sache". Jene Formel wurde dann auch auf Urenkel (über die 3 hier möglichen Fälle s. Schmidt S. 29. Anm. 81), sowie auf den Fall einer *capitis diminutio* des Sohnes ausgedehnt (*fr. 29. § 2—5. D. eod.*).

3) *Postumi Velleiani.* „Der zweite Fall, also der, wo der *postumus* bei Lebzeiten des Testator geboren wird, fand zuerst Berücksichtigung in einem Gesetz (*lex Velleia*).* Dieses verordnete in seinem 1. Kapitel, daß der Testator auch diejenigen Kinder, welche zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht vorhanden ihm bei seinem Leben als *sui* geboren werden, solle einsetzen oder enterben können" (*Ulp. 22, 19; fr. 29. § 11. 12. D. de lib. inst. 28, 2*).

D. *Qui postumorum loco sunt.* Der Satz von der Testamentsruption durch Entstehen von *postumi* erfuhr Erweiterungen auf verwandte Fälle. Schmidt (S. 12) sagt: „Es lassen sich zwei Classen derselben unterscheiden. Die erste Classe umfaßt diejenigen, welche zur Zeit der Testamentserrichtung zwar in der *patria potestas* des Testator, aber nicht als *sui* befindlich, bei dem, nach Errichtung des Testaments erfolgenden Wegfall bisheriger *sui heredes* an die Stelle derselben durch Nachrücken eintreten; von ihnen heißt es: *quasi agnascuntur sui heredes in suorum locum* (*Ulp. 23, 3; fr. 13. D. de inj. test. 28, 3*).

„Die zweite Classe wird von denjenigen gebildet, welche zur Zeit der Errichtung des Testaments nicht Hauskinder des Testator, erst nach derselben in seine väterliche Gewalt als *sui*, und zwar in anderer Weise als durch Geburt, eintreten." Hierher gehören die Arrogirten, Adoptirten und in Manus Aufgenommenen, ferner die in die *patria potestas* (z. B. durch Adoption) zurückfallenden legitimen Kinder, bez. die in die *patria potestas* (durch *causae probatio* oder *legitimatio*) kommenden nicht legitimen Kinder (*Gai. 2, 138. 139. 142; fr. 8. 13. D. de inj. test. 28, 3*). Vergl. Schmidt S. 14—16.

Diese *quasi postumi* standen rücksichtlich der Exheredationsfrage eigentlich den *extranei* gleich, sofern sie im Augenblick der Testamentserrichtung eben nicht *sui* waren; demgemäss litt auf sie der einfache Satz der Jurisprudenz Anwendung: *exheredatio extranei res inepta est* (*Gai. 2, 140. 141; fr. 132. pr. D. de V. O. 45, 1*). Es griff daher die Gesetzgebung ein, nämlich die *lex Junia Velleia* im 2. Kapitel. „Wie dieses Gesetz in seinem 1. Kapitel die Stellung der eigentlichen Postumen zum Abschluß bringt, so beginnt es in seinem 2. den Reigen für die

---

*) Gewöhnlich heißt dieses Gesetz *lex Junia Velleia*. Mommsen (in Bekker's Jahrb. d. gem. R. II. S. 338) liest: *lex Julia Velleja* und vermuthet als Rogatoren zwei Volkstribunen der republikanischen Zeit. In den Quellen wird sie meistens nur *lex Velleia* genannt, in *fr.* 13. *D. de injur. test.* (28, 3) aber *lex Junia Velleia*. „Da dieses Fragment dem 2. Buche der Institutionen des Gaius entnommen, und gerade dieser Stelle hinwiederum § 2. *J. de exher. liber.* (2, 13) nachgebildet wurde, so wird es überdies wahrscheinlich, daß auch an letzter Stelle zu lesen sei: *idque lege Junia Velleia provisum est.*" „Die gewöhnliche, von dem Namen *Junia* ausgehende Meinung denkt an eine von Consuln erlassene *lex* d. J. 763 (10 n. Chr.). Dem Jahre 780 (27 n. Chr.), an welches man wohl auch gedacht hat, steht entgegen, daß unter Tiber Comitialgesetze überhaupt nicht vorkommen." Schmidt S. 30.

postumorum loco. Dasselbe verordnet im Allgemeinen: der an die Stelle eines wegfallenden nachrückende *suus* soll das Testament des *paterfamilias* dann nicht mehr rumpiren, wenn er in demselben entweder eingesetzt oder exheredirt ist. Es litt nur auf diejenigen Anwendung, welche bei der Testamentserrichtung schon vorhanden, jedoch nicht *sui* waren. Nichtsdestoweniger handelte die Interpretation vollkommen im Geiste des Gesetzes, als sie namentlich auf Julian's Auctorität anerkannte, daß die Vorschriften des 1. und 2. Kapitels gleichzeitig in einer und derselben Person wirksam werden können. Wenn der Großvater den, von seinem noch lebenden Sohne künftig zu erwartenden Enkel zum Erben eingesetzt hat, und dieser Enkel bei Lebzeiten seines Vaters geboren wird und dann durch den Tod des Letzteren zum *suus* seines Großvaters aufrückt, so paßt auf ihn weder das erste Kapitel (denn er ist nicht als *suus* geboren), noch das zweite (denn zur Zeit der Testamentserrichtung existirte er nicht). Dennoch erkannte man auch diese Erbeinsetzung zu Recht an (*fr. 29. § 15. D. de lib. inst. 28, 2*)." Schmidt S. 33. 34. Diese Fälle von solchen, die nach der Zeit der Testamentserrichtung geboren nicht *sui* sind, aber dann *sui* werden, pflegen *postumi Salviani* oder *Juliani* genannt zu werden.

Einen weiteren Fall fügte ein *Sctum* unter Hadrian hinzu betreffs der *causae probatio* (*Gai. 2, 143*); und nach der Zeit des Gaius ist die Jurisprudenz auf diesem Wege noch fortgeschritten, so daß zuletzt folgendes dogmatische Resultat sich herausstellte: „Dem Recht der eigentlichen Postumen kann der *paterfamilias* im Testament sowohl durch Institution als durch Exheredation genugthun; was die uneigentlichen Postumen anlangt, so entspricht er dem Rechte Aller durch Institution, dagegen durch Exheredation lediglich dem Rechte derjenigen, die seine eigenen Kinder sind. Seit dieser Gestaltung der Sache hörte demnach jener Satz: *postumi agnatione testamentum rumpi,* auf, ganz wahr zu seyn, er war es nur noch für den einen Fall der Präterition und hätte, jetzt zum ersten Male aufgestellt, lauten müssen: *praeteriti postumi agnatione testamentum rumpi.*" Schmidt S. 37. Den Werth, welcher immer noch auf die den verschiedenen Fällen angepaßten Testirformeln gelegt wurde, beseitigt Justinian definitiv (in *l. 4. C. de post. instit. 6, 29; § 26—28. J. de legatis 2, 20*).

III.

Die *mortis causa donatio.*

Zu § **912**] Es war nichts natürlicher, als daß die im Vorhergehenden geschilderten Einschränkungen des letzten Willens, die so wenig in der Tiefe des nationalen Wesens der Römer wurzelten, eine Reaction des Rechtssinns hervorriefen. Man erfand Mittel und Wege, die aufgerichteten Schranken, die nicht zu durchbrechen waren, zu überspringen oder zu umgehen. Das älteste Mittel dieser Art war vielleicht das *legatum*

*partitionis,** ein Mittel, die Schranke der *lex Voconia* zu überspringen, d. h. auf einem Umweg die Wirkungen einer Universalsuccession (zu Gunsten von Frauenspersonen) zu erzielen. Ein Mittel ähnlicher Art, aber von weit größerer Tragweite, ward dann das Fideicommiß, welches in seinen beiden Hauptanwendungen als Singular- und Universalfideicommiß dem letzten Willen einen so enormen Spielraum eröffnete, daß damit die ehemalige Schrankenlosigkeit des letzten Willens nahezu wiedergewonnen, ja erweitert schien, denn im Wege des Fideicommisses konnten selbst an Peregrinen letztwillige Zuwendungen gelangen; Fideicommisse ermöglichten eine Umgehung der *lex Falcidia,* wie sie auch über die dann vom Papischen Recht neu aufgerichteten, ganz besonders unliebsamen, Schranken hinweghalfen.** Wo Erbeinsetzungen verboten oder beschränkt waren, konnten statt derselben Universalfideicommisse —, wo Legate unzulässig waren, konnten Singularfideicommisse angeordnet werden. (Von Neuem mußte das freilich als ein Uebermaß von Freiheit erscheinen, und so ist es erklärlich, daß die Gesetzgebung dem entgegen bald begann, neue Dämme aufzuführen. †)

In dem Zusammenhange jener (etwa während des letzten Jahrhunderts der Republik erstarkenden) Reaction erklärt sich wohl auch der Ursprung der *mortis causa donatio* am besten. Dieselbe ist eine der eigenthümlichsten Erscheinungen des Römischen Erbrechts, denn sie befindet sich gerade auf der Grenze zwischen dem *commercium mortis causa* und *inter vivos,* und die Theorie der Römer selbst scheint rücksichtlich ihrer lange im Dunkeln getappt zu haben. In der *lex Furia testamentaria* und der *lex Voconia* (169 v. Chr.)†† war nach dem Zeugniß des Gaius (*2, 225. 226*) neben dem Legatserwerb auch des *mortis causa capere* gedacht, und man hat früher gemeint, daß darunter speciell die *mortis causa donatio* zu verstehen sei (vergl. auch *Cic. de leg. 2, 19*). Indeß ist schwerlich anzunehmen, daß damals schon dieser Begriff festgestanden habe; gegen die Richtigkeit jener Meinung spricht schon der Umstand, daß noch später der Ausdruck *mortis causa capio* einen sehr allgemeinen und gewissermaßen nur subsidiären Sinn hatte: *mortis causa capitur, cum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit; exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur; certe enim et qui hereditatio aut legati aut fideicommissi jure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem; sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur* (*Gai. ad Ed. fr. 31. pr. D. de m. c. don. et cap. 39, 6;* dazu Huschke i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XIV. S. 351; Rudorff Röm. Rechtsgesch. § 23 u. Schlagintweit i. Ihering's Jahrbb. f. d. Dogmatik VI. S. 320. 339). Es ist nicht für möglich zu halten, daß ein ehedem bestimmter Begriff später verallgemeinert und abgeflacht worden wäre, die Bewegung der civili-

*) s. Cursus § 921. **) s. Cursus § 919. †) s. Cursus § 919 (im 2. Absatz). 924.
††) s. Cursus § 917.

stischen Dogmatik der Römer geht vielmehr ausnahmslos in der umgekehrten Richtung. Wir müssen also vermuthen, daß der Ausdruck *mortis causa capere* in jenen Gesetzen des 2. Jahrh. v. Chr. einen noch sehr allgemeinen, unbestimmten und aushülfsweisen Begriff enthielt; die Gesetze stehen der Annahme mit nichten im Weg, daß erst später innerhalb jenes weiten Gebiets die specielle Kategorie der *m. c. donationes* abgegrenzt und hervorgehoben wurde. Die Art, wie Marcellus *ad leg. Jul. et Pap.* (*fr. 38. D. eod.*) die *m. c. donatio* neben die Fälle der *m. c. capio* stellt, bringt uns der Vermuthung nahe, eben um die Zeit und aus Anlaß der *lex Julia et Papia Poppaea* sei die *m. c. donatio* in der Praxis wichtig geworden.

Die älteste nachweisbare Erwähnung der *m. c. donatio*, zugleich eine Begriffsbestimmung derselben, rührt von Labeo her: wovon uns *Fest. v. mortis causa stipulatio* berichtet. *Mortis causa stipulatio existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit, ut morte promissoris confirmetur, aut, ut quidam dixerunt, cujus stipulationis mors fuit causa.* Wir sehen hier zwei Definitionen, eine weitere und eine engere, angeführt; jene gleicht vielmehr einer vulgären Ansicht; nur diese, d. h. die von Labeo aufgestellte, zieht bestimmtere Grenzen (s. Schilling Lehrb. f. Instit. u. Gesch. d. Röm. Privatr. III. § 353. Anm. *p.* S. 812 gegen Hasse i. Rhein. Mus. II. S. 315. Anm. 121); wir dürfen daher wohl annehmen, daß Labeo sich das Verdienst einer genaueren Begriffsbestimmung der *m. c. donatio* erwarb. Die Stelle des Marcell und die des Festus unterstützen folglich einander. Beide weisen uns in die Zeit der Augusteischen Neuerungen, welche gleichsam einen Keil in den Organismus des Privatrechts trieben* und die Ausbildung neuer Rechtsinstitute, die als Mittel der Reaction dienen konnten, veranlaßten. Labeo's Name erinnert uns gerade an dieser Stelle an die Codicille, deren Einführung und Anerkennung in der Praxis, wie bekannt ist, gleichfalls mit auf Rechnung Labeo's geschrieben wurde;** die Codicille aber dienten vornehmlich den Fideicommissen, und von den Fideicommissen wird uns erzählt, daß sie zuerst namentlich durch den Wunsch, die Legirungsschranken zu umgehen, veranlaßt worden seien;† der bei Fideicommissen besonders übliche Ausdruck *capere* (*Gai. 2, 275. 284—6.* u. *§ 1. J. de fideic. hered. 2, 23*) weist uns auf denselben Ausdruck in der Papischen Gesetzgebung hin. Alles das führt uns dazu, Fideicommisse und *m. c. donationes* zusammen zu nennen und als geschichtliche Geschwister zu denken. Hiermit stimmt überein, daß Marcellus, Paulus und Ulpian von der *m. c. donatio* in ihren Commentaren zur *lex Papia Poppaea* handelten (*fr. 35—38. D. eod.*). Wir wissen, daß besondere Vorschriften gegen die Umgehung der Papischen Schranken späterhin beliebt wurden: zu diesen späteren Stützen der *lex Papia Poppaea* gehört auch das von Paulus (in *fr. 35. D. eod.*) erwähnte *Sctum,* welches die *m. c. donatio* rücksichtlich der Capacität den Legaten

*) s. Excurse S. 255. **) s. Cursus § 826 a. E. †) s. Cursus § 918.

gleichstellte und Veranlassung werden mochte, daß die Jurisprudenz sich um die genauere Feststellung des Begriffs der *m. c. donatio* neue Mühe gab. Julian's Autorität scheint hier wieder Epoche gemacht zu haben, wie aus *fr. 19. pr. D. de reb. cr. 12, 1; fr. 1. D. de donat.* (*39, 5*) und *fr. 2. 8. 13—21. 31. § 1. 3; fr. 37. § 1. D. de m. c. don.* (*39, 6*), und daraus zu entnehmen ist, daß die gesammte Digestentheorie neueren Datums zu seyn, d. h. kaum über Julian zurückzugehen scheint. Aeltere Schriftsteller werden in den Digesten in Ansehung der *m. c. donatio* so gut wie gar nicht citirt, die Berufung Julian's auf Priscus* (in *fr. 21. D. eod.*), eine Stelle aus Fulcinius, bez. Neratius (*fr. 43. D. eod.*) und das Anführen einer Streitfrage der Cassianer, welches sich bei Paulus *ad leg. Jul. et Pap.* (*fr. 35. § 3. D. eod.*) findet, sind die einzigen bemerkenswerthen Stellen, in welchen bestimmte Zeichen einer älteren Theorie erkennbar sind.

Ueber die Einzelnheiten der ausgebildeten Theorie vergl. v. Keller Grundriß zu Vorles. üb. Instit. u. Antiquit. d. R. R. (Berl. 1854—58) S. 343—361.

IV.

Die einzelnen Vermächtnißarten, insbesondere die *servi optio*.

Zu § **915. 916**] A. Mit der Ausbildung der *legata per damnationem* und *sinendi modo* war dem letzten Willen eine unermeßliche Bahn von Bethätigungen geebnet, und so sehen wir denn in dieser eine große Fruchtbarkeit des Römischen Sinnes sich entwickeln; die Theorie fand hier einen Spielraum für feinste Auslegung der letzten Willen und freieste Gestaltung mannichfacher individueller Neigungen; nur das Obligationenrecht läßt sich an Mannichfaltigkeit der Gestalten vergleichen mit dem Gebiet der Legate und Fideicommisse: in der That war ja auch dieses Gebiet ein Grenzgebiet der Obligationen, was durch das *Sctum Neronianum* im vollsten Sinne anerkannt wurde.

In einer großen Reihe von Digestentiteln (*lib. 30.—lib. 34, 3*) treffen wir die verschiedensten Combinationen sachlicher und anderer Vermächtnisse: *annuae praestationes, usus, ususfructus, habitatio, operae servorum, servitutes praediorum, dos, optio s. electio, triticum, vinum, oleum, instructus s. instrumentum, peculium, penus, supellex, alimenta v. cibaria, aurum, argentum, mundus* (Toilettengeräth), *ornamenta, unguenta, vestimenta, statuae, liberatio* werden da nacheinander als Legatsobjecte aufgeführt und behandelt. Unter diesen sind einige Rechtsbegriffe (*habitatio* und *operae servorum*), welche ihr ganzes rechtliches Daseyn überhaupt der Gewohnheit des Legirens verdankten.** Beson-

*) Wer ist dieser Priscus? Priscus Fulcinius oder Priscus Neratius oder Priscus Javolenus? Die ersteren Beiden haben Beziehung zur Theorie der *m. c. donatio* (*fr.* 43. *D. de m. c. don.* 39, 6), der letztgenannte aber war Julian's Lehrer. **) s. Cursus § 537.

deren Anlaß zu feinen und schwierigen Unterscheidungen gaben die *legata usufructus*, *dotis*, *peculii* und *liberationis;* die *optio s. electio legata* bot in anderer Weise interessante Seiten dar; über das *praelegatum dotis* vergl. Bechmann Röm. Dotalrecht I. S. 56 u. Voigt D. *lex Maenia* S. 59. 61—64. Betreffs bestehender Schuldverhältnisse ward eine dreifache Möglichkeit des Legirens anerkannt, wonach man folgendermaßen zu unterscheiden hat: 1) *Legatum nominis*, wodurch der Legatar die Rechte eines Cessionars, d. h. ein Forderungsrecht gegen den belasteten Erben auf Cession des *nomen* (*hereditarium*) erwirbt: *fr. 44. § 6; fr. 75. § 2; fr. 105. D. de legat. I.* Ein *legatum chirographi* ward als Zuwendung der verbrieften Forderung selbst verstanden: *fr. 44. § 5. cod.* 2) *Legatum liberationis* (*s. liberatio relicta*), welches einen Schulderlaß seiten des Erblassers enthält, auf welchen der Legatar sich dem Erben gegenüber berufen kann. Ein solches Legat liegt auch in der letztwilligen Anordnung, daß das *chirographum* dem Schuldner (Legatar) zurückzustellen sei: *arg. fr. 3. pr. § 1. D. de lib. leg. 34, 3.* 3) *Legatum debiti*, d. h. letztwillige Bekräftigung einer Schuld des Erblassers, welche dann ein wirksames Legat enthält, wenn der Gläubiger (Legatar) irgend einen Vortheil davon hat, z. B. wenn darin eine Beschleunigung der Fälligkeit liegt: solchenfalls kann der Gläubiger, statt die Klage *ex pristina obligatione* anzustellen, nun seine vortheilhaftere Lage mittels der *actio ex testamento* gegen den Erben (als Schuldner) geltend machen: *fr. 11. D. de lib. leg.* (*34, 3*); *fr. 1. § 10. D. ad leg. Falc.* (*35, 2*).

B. Die *optio s. electio legata* war bei den Römern eine beliebte Art des Legats und namentlich, wenn der Erblasser Jemanden mit einem Sklaven erfreuen wollte, gern angewendet, wie wir aus *fr. 18. pr. D. fam. herc. 10, 2,* aus dem *tit. Dig. de opt. leg.* (*33, 5*) und *§ 23. J. de legat.* (*2, 20*) schließen dürfen. Während sonst, wenn eines von mehreren Exemplaren derselben Gattung aus der Hinterlassenschaft legirt ist, regelmäßig dem onerirten Erben die Auswahl zusteht (*fr. 108. § 2. D. de legat. I*), hat im Fall der *optio legata* nicht nur unbedingt der Honorirte die Auswahl, sondern derselbe ist darin dermaßen unbeschränkt, daß er auch das allerbeste Exemplar auswählen darf. Solche *optio legata,* namentlich die *servi optio,* wird von den Römischen Juristen mehrfach mit der *hereditatis aditio* zusammengenannt, z. B. in *fr. 9. § 1. D. de dolo malo* (*4, 3*), *fr. 28. D. de V. S.* und *fr. 77. D. de R. J.* In der letzteren Stelle zählt Papinian die *servi optio* neben der *mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, datio tutoris* als Beispiel der *actus legitimi,* die keiner Bedingung oder Befristung zugänglich seien, auf.* Wir ersehen hieraus, daß die (*servi*) *optio* als ein wichtiger, ursprünglich vielleicht solenner, Rechtsact galt.

Der Wahlact enthielt eine Ergänzung der letztwilligen Verfügung und stand daher unter den Regeln derselben: daher konnte vor Erb-

---

*) s. Cursus § 463.

schaftsantritt das Wahlrecht nicht gültig ausgeübt werden, denn erst mit dem Erbschaftsantritt ist *dies legati veniens* (*fr. 10. D. de legat. I; fr. 16. D. de opt. leg. 33, 5*). In der Natur des Wahlrechts überhaupt aber liegt, daß es sich in der Ausübung verzehrt (*optio consumitur*), d. h. nicht widerrufen und nochmals ausgeübt werden kann* (*fr. 5. D. de legat. I; fr. 20. D. de opt. leg. 33, 5*); diesen Gedanken sprach schon Aufidius Namusa in der letzteren Stelle aus, welcher zugleich zu entnehmen ist, daß die *optio legata* als eine Art des Vindicationslegats aufgefaßt zu werden pflegte: *vestimenta, quae volet, sumito sibique habeto!*

Die Umständlichkeit des Wahlactes war namentlich dadurch gegeben, daß der Legatar Vorführung oder Vorlegung sämmtlicher Exemplare (*exhibitio*) verlangen konnte: *scyphi electione data, si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere placet* (*Paul. fr. 4. D. eod.*). Nach geschehener Exhibition und vollzogner Wahl konnte sofort vindicirt oder mit der *actio legati* geklagt werden (*fr. 3. § 6. D. ad exhib. 10, 4*).

Unnöthig durfte der Legatar den Wahlact nicht hinausschieben; widrigenfalls konnte der Prätor von den Interessenten (onerirten Erben, übrigen Legataren) angegangen werden, eine Wahlfrist anzusetzen: *decernendum est a Praetore, nisi intra tempus ab ipso praefinitum elegisset, actionem legatorum s. petitionem ei non competere* (*fr. 6. 8. pr. D. de opt. leg. 33, 5*).

So lange der Wahlact unvollzogen war, haftete das Wahlrecht des Legatars an sämmtlichen Exemplaren, so daß eine Verfügung des Erben ihn nicht beschränken konnte. Diese Bestimmung war namentlich für die *servi optio* im Fall einer inzwischen vorgenommenen Freilassung eines aus der *familia servorum* wichtig: *si, cum optio servi ex universa familia legata esset, heres aliquem, priusquam optaretur, manumisit: ad libertatem eum interim non perducit; servum tamen, quem ita manumiserit, amittit, quia is aut electus legato cedit, aut relictus tunc liber ostenditur* (*Javol. fr. 14. eod.*).

Cujacius (*ad fr. 77. D. de R. J.*) vermuthet, daß die *optio* ein solenner Act vor Zeugen gewesen sei. In der classischen Zeit galt irgend welche Solennität jedenfalls nicht mehr als rechtliches Erforderniß. Sowohl die häufige Verbindung mit der *hereditatis aditio*, als auch die prätorische Fristbestimmung erinnern allerdings an die *cretio*;** daß aber ein Zusammenhang mit dieser stattgefunden habe, ist unerweislich.

*) Vergl. Cursus § 855 a. E. **) s. Cursus § 856.

DRITTES BUCH.

Das Jus Militum.

LXI—LXIII. Kapitel.

Milites und Pagani.

(Zu § 927-941)

Zu § 927] A. Ich schließe meine Darstellung des Systems des classischen Rechts im Cursus mit der Schilderung eines Standesrechts, welches in den Lehrbüchern fast immer nur in Gestalt vereinzelter Ausnahmesätze durch das System zerstreut auftritt. Der für mich entscheidende Bestimmungsgrund dazu war die Erkenntniß, daß das *jus militum* im Lauf der Kaiserzeit die praktische und theoretische Bedeutung eines allgemeinen Standesrechts gewann, und daß es vor dem Blicke der Römer dieser Zeit gleichsam wie die andere Hemisphäre des Reichsrechts erschien. Der Unterschied der *cives* und *peregrini* hörte innerhalb der Reichsgrenzen allmählich auf, eine Rolle zu spielen, der Soldatenstand wuchs dafür immer mehr an Ansehn und Geltung: in seiner Ausbildung und Anerkennung vollzog sich offenbar ein allgemeiner socialer Proceß, und das neue Standesbewußtseyn, abgelöst vom bürgerlichen Organismus der freien Bewohnerschaft, ward zum Gefäß eines neuen Rechtsbewußtseyns, zu einem Gefäß, in welchem italisches, griechisches, asiatisches, keltisches und vornehmlich auch germanisches Blut sich mischte, und der classisch-antike Typus in seinem innersten Wesen angegriffen und zersetzt wurde.

Man wird um so minder ein Bedenken gegen diese abgesonderte und nachträgliche Zusammenstellung der Sätze des Militärrechts haben, wenn man erwägt, daß dieses Standesrecht sich vornehmlich im erbrechtlichen Gebiete zeigt, und daß es sich daher in ungezwungener Gedankenfolge an diesem letzten Abschnitt des Systems des *jus privatorum* anknüpfen läßt. Ich möchte überdies hinzufügen, daß es nicht ohne Interesse ist, durch derartige Zusammenstellung einer größeren Anzahl von Ausnahmen am Auge des studierenden Lesers eine Reihe der wichtigsten Regeln des Civilrechts nochmals vorüberzuführen, welche an jenen Ausnahmesätzen einen lehrreichen Gegensatz haben und somit hier, in der Erinnerung accentuirt, gewissermaßen indirect recapitulirt werden.

Wir treffen im Militärrecht der Kaiserzeit allerdings nicht wenige Rechtssätze an, welche ganz den Karakter von bloßen Privilegien tragen und mehr äußerlich als innerlich motivirt sind: dies ist namentlich

von der Anerkennung formloser Testamente zu sagen, wofür auch in den Quellen besonders häufig der Ausdruck *privilegium militum* vorkommt (z. B. in *fr. 20. § 1; fr. 21. 24. D. de test. mil. 29, 1)*; allein daneben findet sich eine große Reihe von Rechtssätzen, welche nicht erklärbar sind aus dem Gesichtspunkt eines bloßen Privilegium für einen, wenn auch noch so einflußreichen, Stand. Es macht sich in ihnen vielmehr eine andere, neue Welt- und Lebensanschauung bald versteckt, bald deutlich geltend, eine Anschauung, die noch weniger, als das *jus honorarium,* dem alten Civilrecht verwandt ist, und noch weniger, als jenes, aus den nationalen Bedingungen des classischen Römerthums begriffen werden kann. Vom Standpunkte des ächten Römers aus muß gesagt werden, daß barbarische Einflüsse hier sich Geltung erzwangen und eine völlige Umwandlung des Rechts des Römischen Reichs vorbereiten halfen. Das vordem in das Römische Recht recipirte *jus gentium* ist von mir als die hellenistische Praxis der Osthälfte des Reichs bezeichnet, und so jener sonst viel zu abstract und unbestimmt aufgefaßte Begriff mit realistischer Füllung ausgestattet worden: in ähnlicher Weise läßt sich hier der formale Begriff des *jus militare* auf reale Factoren zurückführen und lebendig machen, indem wir berücksichtigen, wie das Imperatorenthum sich mehr auf die Provinzen, als auf Rom, und immer mehr auf die fremden Elemente in den Legionen, als auf das Römische Bürgerthum stützte. Dieses letztere erlahmte und alterte; der Bürger ward Privatmann, zog sich ängstlich vom Schauplatze der öffentlichen Verrichtungen zurück und floh den Druck der gemeinnützigen Dienste und Lasten; frische Thatkraft, jugendliches Volksthum, naiver schöpferischer Rechtssinn waren fast nur noch in den Reihen des Heers zu finden, welches nicht bloß die Fähigkeit, sondern auch den Muth hatte, die nationalen Schranken, welche im Reiche gefallen waren, auch im Recht zu zerbrechen.

Unter diesem Gesichtspunkt allein sind jene tief einschneidenden Militärsätze zu verstehen, durch welche im Grunde der ganze Bau des Römischen Erbsystems untergraben ward: *Militi licet plura testamenta facere* (*Ulp. fr. 19. pr. D. de test. mil. 29, 1*) — *Miles pro parte testatus decedere potest, pro parte intestatus* (*Ulp. fr. 6. eod.*) — *Miles et ad tempus heredem facere potest* (*Ulp. fr. 15. § 4. eod.*).* Im Hintergrund dieser neuen Sätze lag nämlich der Gedanke, daß die Qualität des Erben nicht mehr eine wesentlich totale Repräsentation des Erblassers sei, und der letztwillige Delationsgrund nicht mehr die absolute Superiorität habe: denn aus diesen Grundideen, bez. ihrer Combination waren jene alten Erbrechtssätze entsprungen, zufolge deren ein Testament nothwendig die ganze Erbfolge umfassen und bestimmen mußte und also weder für ein zweites Testament, noch für die gesetzliche Erbfolge einen Raum übrig lassen konnte, und zufolge deren die Erbfolge einen *character indelebilis* begründete. Mit Wegfall oder Beschnei-

*) s. Cursus § 825. 833. 860. 934. Excurse S. 302.

dung dieser Fundamentalsätze war die Idee in Frage gestellt, daß der testirende Erblasser kraft eignen Willens als Persönlichkeit in einer andereren Person, der des Erben, fortlebe, und daß der Erbe eine Verbindung mit der Persönlichkeit des Testator auf Zeit und Ewigkeit eingehe. Das war die nationale Grundidee des Römischen Erbrechts gewesen, welche auch der Prätor bei aller Freiheit seines fortbildenden Einflusses nicht gewagt hatte anzutasten: was der Magistrat des Römischen Volks in der Republik nicht gewagt hatte, das wagte der Soldat des Römischen Kaisers in der Zeit des absterbenden Römerthums zu fordern und der Kaiser zu gewähren.

Neuerungen von gleicher Tragweite waren in den Sätzen enthalten, daß, wenn der *miles* zu seinem castrensischen und seinem bürgerlichen Vermögen verschiedene Erben berief, diese Theile des Vermögens völlig getrennte Erbmassen bilden sollten, und daß, wenn ein *filiusfamilias* castrensisches Gut erwarb und darüber letztwillig oder sonst verfügte, auch dieses Gut als ein Vermögen für sich und zwar als freies und eignes Vermögen des *filiusfamilias miles* angesehen werden solle.* Das waren Sätze, welche in grundsätzlichem Widerspruch zu der alten nationalen Rechtsanschauung standen, wonach die Persönlichkeit eines Menschen, eines Bürgers ein schlechthin concentrirtes und einheitliches Wesen war. Zwei Vermögenssphären aber hatten zur begrifflichen Voraussetzung zwei Persönlichkeiten. Eine Doppelpersönlichkeit in Einem Menschen anzunehmen, dazu mußte sich also die Kaiserzeit verstehen, wenn obige Neuerungen beliebt wurden, und so geschah es; aber Römerrecht war das nicht mehr. Welcher Grundsatz des Römischen Vermögens- und Erbsystems stand dann noch fest, wenn man sich zu solchen Sätzen, wie diese sind, verstieg: *quasi duorum hominum duae hereditates intelliguntur, si miles alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset* (*Jul. fr. 17. § 1. D. de test. mil. 29, 1*), und *filiusfamilias miles duplex jus sustinet, patris et filiifamilias* (*Pap. fr. 15. § 3. D. de castr. pec. 49, 17*)? Und mit dem letzteren Grundsatz, welcher direct so formulirt wurde: *filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum funguntur* (*Ulp.*), war zugleich jene abschüssige Bahn eröffnet, welche schließlich zur Auflösung der *patria potestas*, dieser Grundmauer des Römischen Privatrechtssystems, führen mußte. Ob auch die Koryphäen diesen Auflösungsproceß noch aufhielten, z. B. ein Papinian ausgesprochner Maßen bei der Formulirung des *peculium castrense* der *paterna verecundia* Rechnung trug (*fr. 14. § 1. D. de castr. pec. 49, 17*) und Severus Alex. rescribirte: *manent milites in potestate parentum* (*l. 3. C. de castr. pec. 12, 37*): so war doch der entscheidende Schritt zur Entwicklung jenes Peculiensystems geschehen, dessen Ausbildung unter Justinian uns das System der *patria potestas* in völliger Auflösung begriffen zeigt, und man könnte in neuer Anwendung den bekannten

---

*) s. Cursus § 935. 939.

Satz des Paulus in *fr. 19. § 7. D. de captiv.* (*49, 15*)* so wiederholen: das *jus militare* begann die *patria potestas*, das Fundament des *jus commune s. paganorum*, zu untergraben.

B. Es erhellt hieraus, daß in dem *jus militum* ein neues System von Rechtsideen zur Ausbildung kam. Den Römischen Juristen selbst blieb das nicht verborgen. Seit der Zeit des Pomponius tritt der Gegensatz des *jus militum* zu dem gewöhnlichen bürgerlichen Recht immer entschiedener hervor, und die Terminologie stellt sich fest. Gaius bezeichnet das bürgerliche Recht in diesem Gegensatze einmal als *juris civilis regula* (*fr. 17. § 4. D. de test. mil. 29, 1*), Julian nennt es *commune jus civium Romanorum* (*fr. 20. pr. eod.*); gewöhnlich wird es kurzweg *jus commune* genannt (z. B. *Ulp. fr. 3: D. eod.*; *Marcell. fr. 25. eod.*; *Paul. fr. 34. § 1.* und *fr. 36. § 3. eod.*). Das Militärrecht heißt bald *mos militiae* (*Tertull. fr. 33. § 1. eod.*), bald *jus militiae* (*Paul. fr. 34. § 1. eod.*), in der Regel *jus militare*. Severus Alexander bedient sich der Ausdrücke *jus militare* und *civile* (*l. 9. C. de inoff. test. 3, 28*).

Jemehr das zurückgezogene und kraftlose Leben der gewöhnlichen Bürger in Schatten gestellt wurde von der Thatkraft und Selbstbewußtheit des Soldatenthums, und je weniger das Recht eines Römischen Bürgers noch mit praktisch erheblichen Prärogativen verknüpft war: um so entschiedener mußte der Glanz der Civität erbleichen; dem Soldatenstand gegenüber spielte das Bürgerthum nun die kümmerliche Rolle von Privatleuten. Statt *cives Romani* wurde daher jetzt häufig der Ausdruck *privati* gebraucht im Gegensatz der *milites* (z. B. in *fr. 7. D. de incendio 47, 9*; *fr. 3. § 1. D. de muner. 50, 4*); dem *jus militum* stand das *jus privatorum* gegenüber.

Statt der Ausdrücke *miles et privatus*, welche in dem von Callistratus (in *fr. 7. cit.*) angeführten *Sctum* stehen, finden sich in einem anderen, von Ulpian (in *fr. 1. § 2. D. de fugitiv. 11, 4*) angeführten *Sctum* die Ausdrücke *milites, pagani* (*et Senatores*), und ebenfalls treffen wir in einem Rescript des Divus Marcus den Ausdruck *paganus* (*fr. 9. § 1. D. de test. mil. 29, 1*). Dieser Ausdruck ist neu in dieser Anwendung. Das früheste bekannte Vorkommen desselben ist wohl der Titel einer Schrift des unter den Antoninen lebenden Juristen Claudius Saturninus: *liber singularis de poenis paganorum* (*fr. 16. D. de poenis 48, 19*); Urheber einer Monographie gleichen Titels war später auch Paulus. Dann finde ich den Ausdruck *Pagani* bei Pomponius in der bekannten Stelle: *jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est* (*fr. 7. D. de R. J.*), und bei Gaius in Anwendung auf eine Exheredationsfrage: *in paganorum testamento hereditas sola exheredatione*** *adimi non potest* (*fr. 17. § 2. D. de test. mil. 29, 1*). Daß nun jener Ausdruck die officielle und allgemeine Bezeichnung der einfachen Bürger (*cives, pri-*

*) s. oben Excurse S. 517. **) Vergl. dazu Mühlenbruch in Glück's Commentar Thl. 42. S. 82.

vati, „Civilisten") wurde, ersehen wir aus zahlreichen Stellen Römischer Juristen und kaiserlicher Constitutionen:

Maecian:	*fr. 14. D. de test. mil. (29, 1).*
Callistratus:	*fr. 12. § 1. D. de custod. reor. (48, 3).*
Macer:	*fr. 14. D. de poen. (48, 19).*
Tertullian:	*fr. 33. § 2. D. de test. mil. (29, 1).*
Scaevola:	*fr. 96. D. ad leg. Falc. (35, 2).*
Ulpian:	*fr. 7. § 6. D. de donat. (39, 5); fr. 12. § 1. D. de injusto test. (28, 3); fr. 3. D. de test. mil. (29, 1).*
Paulus:	*fr. 38. § 1. D. de test. mil. (29, 1); fr. 26. D. de lib. instit. (28, 2); fr. 52. D. de manum. test. (40, 4).*
Modestin:	*fr. 50. D. locati (19, 2).*
Caracalla:	*l. 1. C. de test. mil. (6, 21).*
Sever. Alex.:	*l. 7. eod.*
Gordian:	*l. 7. C. de re mil. (12, 36).*

In der Sprachweise des 3. Jahrhunderts also stand dem *jus militare* das *jus paganorum* gegenüber, welches nichts andres war, als das alte Römerrecht, das *jus proprium Romanorum*, dieses allmählich auf fast alle freien Reichsbewohner ausgedehnte Recht, und insofern *jus commune* genannt, nun aber bescheiden als ein Recht der Privatleute bezeichnet. (Wie der Ausdruck *pagani* später zu einem anderen Sinne kam, und welche Bedeutung diese Wandlung hatte, ist unten im letzten Excurs zu zeigen.)

Und wie hatte jenes Wort die Bedeutung eines Gegensatzes zu dem Stande der *milites* erhalten? Vermuthlich war dieser Gebrauch des Wortes *pagani* von den Soldaten selbst erfunden. Sie mochten ihre befestigten Heerlager (*castra*), die zu wichtigen Sammelpunkten, Schutzstätten und Burgen, ja zu bevorzugten Städten wurden, als die erhabenen Orte im Reich betrachten und auf Alles, was außerhalb lag, auf „das platte Land" vornehm und geringschätzig herabblicken.* *Pagani* waren ihnen also die Bewohner des Reichs außerhalb der *castra*, und dieser Ausdruck war gerade in den Provinzen treffend, wo noch viele Reste der nationalen Gauverbände waren, das Volk vielfach als Landvolk zerstreut umherwohnte und die *castra* oft als die einzigen geschlossenen Wohngemeinschaften erschienen. Es ging also der neue Gebrauch des Wortes von den Provinzen aus, wo nicht bloß die Standquartiere der Legionen zu Mittelpunkten des politischen Lebens wurden, sondern namentlich auch die zahlreichen Veteranencolonien zu wichtigen Städten heranwuchsen. Von ihnen unterschieden sich die offenen Strecken, deren freie Bewohnerschaft in Masse das Bürgerrecht erlangte, ohne doch des alten Ansehns Römischer Bürger theilhaft zu

*) Vergl. Cursus §. 274.

werden, und ohne die Lebensart derselben anzunehmen. Hierzu kommt, daß in Gemäßheit jenes Grundsatzes der Kaiser: *armis, non privatis negotiis, milites occupentur* (*Leo: l. 31. C. de locato 4, 65*), die Soldaten systematisch von aller Verflechtung in das gemeinbürgerliche Verkehrsgetriebe (*fr. 12. § 1. D. de re mil. 49, 16*), und vornehmlich vom Grundbesitz in der Provinz ihres Standquartiers abgezogen wurden; *Milites prohibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militant* (*Marcian: fr. 9. D. eod.*) — *Milites agrum comparare prohibentur in ea provincia, in qua bellica opera peragunt: scilicet ne studio culturae militia sua avocentur, et ideo domum comparare non prohibentur* (*Macer de re militari: fr. 13. pr. eod.*). Städtische Gebäude also durften die Soldaten erwerben, aber ländlicher Grunderwerb und Ackerwirthschaft waren ihnen verboten. So bildete sich der Gegensatz der Soldaten zu den Landbewohnern oder Landleuten als Nichtsoldaten, und schließlich hießen alle Freien im Reiche, die nicht Soldaten waren, die Städter mit inbegriffen, *pagani*.

Dritter Theil.

Die Geschichte

des Römischen Rechts- und Staatswesens

nach der Zeit der classischen Jurisprudenz.

Das nachclassische Recht der Römer

oder

von Diocletian bis Justinian.

(Zu § 942-983)

I.

Culturgeschichtlicher Karakter der nachclassischen Epoche.

Zu § **942–946**] Wir können drei Epochen der Römischen Rechtsgeschichte unterscheiden*: die 1. Epoche (650—250 v. Chr.) zeigt uns das aufstrebende, die 2. Epoche (250 v. Chr.—250 n. Chr.) das herrschende, die 3. Epoche das verfallende Reich der Römer.* Constantinopel ist der Sitz des absterbenden Alterthums. Noch erhält sich in dieser letzten Periode die lebendige Uebung der lateinischen Sprache und der Grundzug Römischer Traditionen; noch erscheint das Römische Reich als das Weltreich, und seit der germanischen Ueberflutung Italiens gilt Constantinopel unbestritten als das Haupt der Culturwelt. *Haec urbs sacratissima*, sagt Kaiser Marcian (in *l. 2. C. quae res exportari 4, 41*). Es umgibt den Römischen Namen noch ein Rest des ehemaligen Zaubers, der alle politischen Gegenmächte überwand und keine Nebenbuhlerin litt. — Auch dieser Rest aber schwindet endlich unter den stürmischen Angriffen des Islam, welcher bald den Römischen Namen in Schatten und selbst den Bestand des byzantinischen Reichs einen Augenblick (670) in Frage stellt. Zwar rettet sich der Mittelpunkt des Reichs aus diesen Gefahren; aber fortan — mit den Isauriern — beginnt gewissermaßen eine neue Geschichte: die nachrömische, schlechthin byzantinische. Wir haben es da nicht mehr mit lebendigen Römischen Elementen zu thun; deren letzte Reste sind im 7. Jahrh. zerfallen (s. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 125).

Die Auflösung des Römerthums in dem allgemeinen Völkergemenge und der Herrschaftsbeginn des Christenthums sind uns die wichtigsten Momente in dieser merkwürdigen Geschichtsbewegung.

A. Die Auflösung des Römerthums zeigte sich allenthalben. Sie trat als große und allgemeine Erscheinung zuerst in der Zeit von den Gordianen (237) bis zu den s. g. dreißig Tyrannen (260) zu Tage, als unter Decius der gewaltige Andrang germanischer Völker begann (Niebuhr Vorträge über Röm. Gesch. *ed. Isler III.* S. 276) und in

*) Vergl. Cursus § 65. 277. Excurse S. 57. 235—7.

Asien Odenatus eine so zweifelhafte Stellung zum Kaiserthum einnahm. Zwar griff hier Aurelian (272) mit fester und kühner Hand ein, noch ein Mal schien der Geist des Römerthums, des Sulla und Caesar, zu erwachen. „Von Palmyra aus, der mächtigen Handelsstadt, hatte Odenatus in der letzten Hälfte des 3. Jahrh. n. Chr. den Persern Frieden geboten, sowie dem Römischen Kaiser gegenüber seine selbständige Stellung gewahrt. Besonderes Interesse verdient des Odenatus kluge und gewandte Gemahlin Zenobia, der es gelang, die Nationalitätsbewegung im Orient — wie schon Aurelian in seinem Briefe an das Römische Volk („*barbaricis motibus aestuantem*") die gewaltige Erhebung der Orientalen gegen den Druck der Römerherrschaft und die Beherrschung des eigenthümlichen orientalischen Wesens durch hellenischen Geist und hellenische Einrichtungen, besonders seit der Gefangennehmung des Kaisers Valerian durch Sapores I. bezeichnet — mit starker Hand zu leiten, so daß es ihr beinahe gelungen wäre, ein Reich von specifisch orientalischem Karakter zu gründen, dem ein eigenthümliches, die im Orient damals herrschenden Gegensätze, den Neuplatonismus, das Judenthum und das Christenthum, ausgleichendes Religionssystem die höhere Einheit verleihen sollte, so daß also schon zu dieser Zeit in gewisser Weise ins Werk gesetzt worden wäre, was ungefähr 4 Jahrhunderte später mit der Begründung des Muhamedanismus gelang, wenn nicht das damals im Orient so blühende Christenthum und die starke Hand des Römerkaisers jene der Civilisation wie dem Christenthum gleich feindlichen Bestrebungen überwunden hätten." Oberdick i. d. Zeitschr. f. d. österr. Gymnasien, XIV. Jahrg, (1863) S. 735ff.

Weniger Römisch, als dieser siegreiche Feldzug, war, daß Aurelian das ängstliche Rom mit einer neuen Schutzmauer umgab, und weniger Römisch, als seine persönliche und seiner Umgebung Einfachheit, war es, daß er dennoch seinen Thron mit einem besondern äußeren Glanz umgab. Er führte im Heer bordirte Gewänder ein und soll zuerst ein Diadem getragen, sich mit Edelsteinen und golddurchwirktem Gewande geschmückt haben (*Hist. Aug. Aurel. 46; Aurel. Vict. Epit. 35, 5*). „Es sind die Anfänge des orientalischen Ceremoniells, das seit dem 4. Jahrh. am Römischen Hofe völlig ausgebildet vorhanden war. Das politisch restituirte Imperatorenthum sollte vom Staube gereinigt werden, welcher dasselbe noch von den Zeiten des Gallienus her bedeckte. Mit der Restauration beginnen eben die Anfänge einer Umgestaltung des bisher abwechselnd von der Gunst des Volks oder des Heers getragenen Kaiserthums zu einer von Gott verliehenen Gewalt, zu einer religiös-politischen Macht über den Erdkreis, welche schon in ihrer äußeren Erscheinung bekunden sollte, daß sie unwandelbar feststehe, unberührt von dem Wechsel menschlicher Leidenschaften — ein Gedanke, welchen freilich erst Diocletian mit Bewußtseyn und planmäßig verfolgte. Bei aller persönlichen Einfachheit waren diese Illyrier eben Herrschernaturen und wußten den Werth solcher Dinge für die Befestigung der Herrscherstellung sehr wohl zu würdigen; neben-

bei mochte Aurelian das Verständniß dafür namentlich dadurch aufgegangen seyn, daß er mit dem Orient, der Geburtsstätte des Glaubens an ein absolutes Herrscherrecht, in nahe Berührung gekommen war". Th. Bernhardt Polit. Gesch. d. Römischen Reichs v. Valerian bis zu Diocletian's Regierungsantritt (Berl. 1867) S. 212.

Dieser orientalisirende Monarchismus entsprach den Anschauungen und Bedürfnissen einer Zeit, die immer häufiger Männer barbarischer Abkunft auf dem Throne der Cäsaren sah und solche Männer, starke Naturen, wie sie in Italien nicht mehr wuchsen, brauchte. Die Monarchie nahm einen despotischen, autokratischen Karakter an. Der Titel Dominus,* welcher den Kaisern zwar bald nach den Anfängen des Kaiserthums in der Sprache freier Höflichkeit gegeben, aber von Augustus und Tiberius öffentlich abgelehnt, nur von Domitian ausnahmsweise angenommen, auf griechischen Münzen seit Antoninus Pius, auf Römischen aber erst seit Aurelian beigelegt ward, findet sich seit Diocletian regelmäßig (*Aurel. Vict. de Caesar. 11. 39*). Unter Justinian galt es als Mangel an Bildung, wenn man den Kaiser anders als *δεσπότης* anredete, und wenn Beamte dem Kaiser gegenüber sich anders als *δοῦλοι* nannten (*Procop. hist. arc. 30. Vol. III.* p. 165). Vergl. Becker Röm. Alterth. II. 3. S. 304. Anm.

Seit der Mitte des 5. Jahrh. tritt die Erscheinung der Barbararisirung immer greller hervor. Marcian (450—7) und Anastasius I. (491—518) waren Illyrier, Leo I. (457—474) ein Thrakier, Zeno (474—491) ein Isaurier, Justin I. (518—527) und Justinian I. (527—565) Slaven. In Tiberius II. (578) besteigt der erste Grieche den Thron der Cäsaren. Der späte syrische Chronist Gregor Barhebraeus rechnet den Vorgänger jenes Griechen, Justin II. (565—578) als den letzten Römischen Kaiser und läßt mit Tiber II. das Reich der Griechen beginnen, welches unter der *Domus Heraclii* es zu einer stetigen Thronfolge bringen zu wollen schien. Während in der Zeit der Kaiser barbarischer Abkunft noch mit den Resten des Römerthums Prunk getrieben worden, lateinische Sprache noch neben der griechischen Platz gefunden, Justinian mit seiner umfassenden Codification die Erbschaft des Römerthums feierlich angetreten hatte: wird nun das byzantinische Griechenthum zum politischen System, und das Recht dieses neuen Ostreichs redet nur in griechischer Sprache. Mit dem Untergang der *Domus Heraclii* (711) und dem Verlust des Exarchats in Italien (749) vollendet sich der Abbruch der Römischen Rechts- und Reichsgeschichte.

B. Aber neben dem Barbarenthum ist im Laufe dieser Jahrhunderte das Christenthum gleichfalls eine Macht geworden. „Unter Augustus und Tiberius in die Welt getreten, unter den Claudiern nach Rom vorgedrungen, unter den Flaviern mehr und mehr vom Judenthum abgelöst, unter Trajan zum Gegenstand der Reichsgesetzgebung gewor-

*) s. Cursus § 278.

den, unter den Antoninen zu immer höherem Welt- und Einheitsbewußtseyn erstarkt, unter den Soldatenkaisern bald verfolgt, bald geduldet, unter Constantin zur Parität und zur Würde der begünstigten Hofreligion, unter Theodos. I. zur ausschließlich herrschenden Staatsreligion erhoben, aber auch zur dienenden Staatskirche herabgesunken, ist ja die christliche Religion und Kirche mit allen Epochen und Phasen des Römischen Imperium so eng verflochten, daß jede Geschichte der Abnahme und des Verfalls des Römischen Reichs unwillkürlich und auch in der Hand eines Gibbon zugleich zu einer Geschichte der Aufnahme und des Siegs der christlichen Kirche werden muß". Wagenmann in Liebner's Jahrbb. f. deut. Theologie XIII. (1868) S. 166.

Wir hatten den culturgeschichtlichen Faden Rom's, oben in dem ersten (rechtsgeschichtlichen) Theile, in der Mitte des 3. Jahrh. n. Chr. verlassen. Rom's Regiment erstreckte sich damals fast so weit, als phönizische Schiffe je gesegelt waren; sein Scepter waltete vom Atlantischen bis zum schwarzen Meer und vom Nil bis an die Nordsee. Wo man nur irgend den Wohllaut der griechischen Sprache vernahm, erscholl auch das Commando der lateinischen Sprache, der Trägerin der Römischen Energie und Ordnung. Rom und Hellas hatten sich zusammen- und wiedergefunden, vereint, gepaart, und eine neue Welt blühender Kräfte schien gehofft werden zu können. Es war, als ob jenes Prophetenwort: „Er wird Frieden lehren unter den Heiden, und seine Herrschaft wird seyn von einem Meer bis ans andere und von dem Strome bis an die Enden der Erde" (*Sajarcha 9, 10*), auf Rom's Mission unter den Völkern des Erdkreises bezogen werden dürfe. Doch war das ein Wahn. Zwar eine bedeutungsvolle Fügung Gottes war es, daß Rom's Herrschergeist zur rechten Zeit die Fläche geglättet und den Rahmen gezogen hatte, in welchem der Geist des inneren Friedens irdisch gedeihen und sein Werk, das zugleich ein Werk des äußeren Friedens seyn sollte, vollenden konnte: allein der classische Geist des Heidenthums lag in den letzten Zügen, und unter der glänzenden Oberfläche nagte der Tod am Herzen des *Orbis Romanus*.

Die Scene ist verändert. Ueber den Ruinen der heidnischen Culturwelt ist die Sonne des Christenthums aufgegangen und beginnt nun, mit voller Kraft allenthalben Tageshelle zu verbreiten. Die begabten und schöpferischen Geister wenden sich dieser Sonne zu, und nur die verkommenen, verbildeten oder verbissenen Seelen wollen nicht sehen, daß die classische Antike eine untergehende Welt, die Sache des Heidenthums eine verlorne Sache sei. Das Christenthum, still herangewachsen, durch die Stürme nicht gebrochen, sondern gestärkt, tritt als eine weltliche Autorität herein unter die Mächte der Welt und versucht sich im geistigen Kampfe mit ihnen. Zeichen dieses Kampfes trägt auch das Recht dieser Zeit. Dasselbe wird nicht bloß entnationalisirt und orientalisirt, sondern es fängt an, christianisirt zu werden. Dieser Proceß ist freilich ein unabgeschlossener geblieben: das Mittelalter erhielt dann die Aufgabe der Fortführung; aber interessant ist

das Bild jenes Ringens, und seine Beobachtung wichtig zum Verständniß des Endes. — Wo aber sind die Spuren dieses ersten Auf- und Eintretens?

Nero's Christenverfolgung mochte durch's ganze Reich den Blick auf die junge Christenheit gelenkt haben. In den Kämpfen der Philosophenschulen gewann das Christenthum Fühlung mit den Theorien des gebildeten Heidenthums; die Abwege der Gnostiker waren für das Christenthum Brücken in alle Kreise der s. g. gebildeten Gesellschaft. Von dem (aus Samarien gebürtigen) Apologeten Justinus dem Märtyrer besitzen wir zwei unter Antoninus Pius an Kaiser und Senat gerichtete Apologien des Christenthums (Volkmar i. d. theolog. Jahrbb. 1855. S. 227. 412. Otto ebendaselbst S. 468). Aus den Lebensregeln eines Antoninus Philosophus und den Responsen eines Papinian weht es uns zuweilen wie Luft des Christenthums an. Tertullian der namhafte Jurist wurde Tertullian der berühmte Kirchenvater. Von ihm, sowie von Irenaeus, Hippolytus u. A. erfahren wir, daß jedenfalls am Ende des 2. Jahrh., wenn nicht früher, Christen sich im kaiserlichen Palatium fanden, und daß die Flut von Anschuldigungen unnatürlicher Verbrechen und unsinniger Thorheiten, welche lange den Christen angedichtet wurden, in der zweiten Hälfte des 3. Jahrh. sich bereits ganz verlaufen hat. Severus Alexander war wegen seines Synkretismus und speciell wegen seiner Begünstigung orientalischer Culte, d. h. des Judenthums und Christenthums, der Schmähgegenstand der spottlustigen Antiochener, Alexandriner und wohl auch der Römer; es wurden an des edlen und frommen Kaisers Hausaltar bei den Bildern von Appollonius, Christus, Abraham und Orpheus Morgenopfer dargebracht, denn er hatte eine Abbildung Christi neben den Bildern „anderer tugendhafter Männer“.

Philippus Arabs „ist merkwürdig, indem unter seiner Regierung das tausendjährige Fest der Stadt mit großem Pomp gefeiert wurde, merkwürdiger aber dadurch, daß die Kirchengeschichte allgemein annimmt, er sei ein Christ gewesen. Origines richtete Briefe an ihn; sein Nachfolger Decius stellte zum ersten Mal wieder seit langer Zeit eine heftige Verfolgung der Christen an, wahrscheinlich aus Antagonismus gegen die Richtung seines Vorgängers“. Niebuhr Vorträge üb. Röm. Gesch. *ed. Isler; III.* (1848) S. 270. Als Zenobia gegen Aurelian das erste Treffen verloren und Antiochien, die größte Stadt des Orients, verlassen hatte, und Aurelian die städtischen Angelegenheiten umgestaltete: interpellirten ihn auch die Christen, und der Kaiser entschied, die Prätensionen des abgesetzten ketzerischen Paulus von Samosata zurückweisend, ganz nach ihren Wünschen, derjenige solle Bischof seyn, welcher von den italischen Bischöfen und dem Römischen Bischof erkoren worden. „Wenn wir uns die Bedeutung der Herrschaft der Zenobia vorhalten, die in ihrem Kerne nichts Anderes war, als die Erhebung der Orientalen gegen die griechisch-römische Herrschaft, so wird uns diese Entscheidung des Kaisers, der ein eifriger Verehrer des

Sol, ein ebenso erbitterter Gegner des Christenthums war, nicht weiter befremden, da gerade jener Paulus auf jene Ideen am eifrigsten eingegangen war. Sicherlich hatten auch die Christen in einer Denkschrift die Verhältnisse der Kirche im Orient und ihre Beziehungen zum Römischen Stuhl auseinandergesetzt, so daß es dem Kaiser nicht entgehen konnte, welch' hohe politische Bedeutung die Stellung der Römischen Kirche für die Weltherrschaft der Römer hatte. Zudem mußte er sich die Christen, die im Orient von solch' hervorragender Bedeutung waren, zu Freunden erhalten". Oberdick i. d. Zeitschr. f. österreich. Gymnas. XIV. (1863) S. 735ff.

Auf die Namen eines Philippus Arabs und Aurelian folgten dann die eines Constantinus Magnus (324—337) und Theodosius I. Magnus (379—395), durch welche der *Orbis Romanus* zum Reich der Christenheit wurde. Von Constantinopel aus geschah dieser Schritt der kaiserlichen Politik, einer Politik, deren Faden zuerst unter Aurelian hervorzutreten scheint. Im Orient blühte damals das Christenthum in vielen tüchtigen Gemeinden und bedeutenden Männern; und gerade dort bedurfte das Römische Scepter einer geistigen Stütze. Das Christenthum vermochte diese zu geben und gab sie. So war es ein Act geschichtlicher Folgerichtigkeit, daß Constantin, als er seinen Sitz in die Nähe der asiatischen Küste verlegte, jene christianisirende Schwenkung that, welche zu den folgenreichsten Schritten in der Welt- und Kirchengeschichte gehört.

II.

Juristische Quellen und Denkmäler.

Zu § **951-953**] A. Allgemeines. Das westliche Reich behielt seinen Römischen Karakter ungefälscht, aber that nicht viel und brach bald zusammen. Das östliche Reich war fleißiger und erhielt sich länger, aber offenbarte in der längeren Zeit auch elenderes Siechthum und wandelte sich in ein wahres Zerrbild Römischen Wesens. Seitdem die neben einandergestellten Hälften im 5. Jahrh. völlig auseinandergerissen sind, verlassen uns fast alle Spuren fortschreitender allgemeiner Rechtsbildung in der von den germanischen Stämmen besetzten Westhälfte. Die Rechtsbildung zersplittert sich hier in Provinzialgewohnheiten, in denen ein Theil des ächten Römischen Rechts sich eine Weile mühsam forterhält, von germanischen Königen hier und da gesammelt* und geschützt: in diese Einzelbildungen ohne selbständigen Werth und mit ihnen verliert sich der Strom des Römischen Rechts; er kann auch durch die Bemühungen des oströmischen Kaisers, welche im Exarchat hervortraten, nicht wieder belebt werden. Näher verwandt, als der germanische Geist, war der griechische dem Römischen, daher fand das Recht der Römer in der Osthälfte des Reichs eine zweite Stätte und gleichsam neue Heimat, aber freilich, es war eine

*) s. Cursus § 954.

Pflege ohne Kraft des Schaffens; etwas Fertiges und Ganzes brachte der oströmische Geist nicht mehr hervor, sein Thun blieb Stückwerk. Das einzige Ganze, was von ihm ausgegangen, ist nur ein Erzeugniß von Sammlerfleiß.

Der Schwerpunkt des Reichs ist nach dem Osten verlegt, also, vom Standpunkt des alten Römerthums aus betrachtet, an die Peripherie des Reichs, und diesem Umstande entspricht die innere Thatsache, daß zahlreiche Elemente der peripherischen, d. h. provinziellen Rechtsbildung wuchernd in das Rechtssystem eindringen. Die *glebae adscripti, coloni, laeti,* die *pia corpora,* manche Satzungen des Militär-, Veteranen- und Beamtenrechts sind durchaus neue, fremdartige Erscheinungen, langsam nach dem Mittelpunkte vordringende Elemente. Die Strömung des Römischen Geistes geräth ins Stocken, byzantinischer Schematismus überzieht das ehedem so lebensvolle Strombett mit starrer Rinde, durch welche nur selten noch einzelne Pulsschläge vorhandener Regungen offenbar werden. Eine unrömische schwülstige Sprache spreizt sich, und die Maschinerie militärisch-bureaukratischer Institutionen soll den Mangel organischer Production und Continuität ersetzen. Das Alte wird nicht mehr recht verstanden, das Neue noch nicht recht bewältigt und verarbeitet; die heidnische Herrlichkeit wird verloren, und die christliche Innigkeit nicht gewonnen; selbst die frische Kraft des Christenthums ist im Organ des Byzantinismus nicht vermögend, das Römische Recht wahrhaft umzuschaffen, zu verjüngen und der Welt hier schon ein christliches Weltrecht zu schenken. Germanische Lebensfülle mußte erst hinzukommen, um diese Christianisirung zur Wahrheit zu machen.

Mit dem Verlust der Einheit der Reichsidee war auch der einheitliche Gang der Rechtsgeschichte unterbrochen; die Kraft, welche vom Mittelpunkte der Rechtsidee her und aus dem Ganzen des Systems umgestaltet und fortbildet, war erschöpft: es ward nur noch experimentirt. Mit der Losreißung von Rom, der *patria omnium* (*Callistr. fr. 19. D. de interd. 48, 22; Modest. fr. 6. § 11. D. de excus. 27, 1*), war der classische Boden der Rechtserzeugung aufgegeben, die Interessen triumphirten über die Principien, Maßregeln traten an die Stelle von Grundsätzen. So könnte denn die nachclassische Rechtsgeschichte fast ohne Bedeutung für das juristische Elementarstudium oder nur als eine Folie zu der vollendeten Rundung des classischen Rechts von ehemals wichtig scheinen. Indeß bietet diese Geschichte doch eine selbständig belehrende Seite, da wir nicht ein bloßes Bild der Störung und Zersetzung, sondern zugleich die eröffnete Bahn eines neuen Culturprincips erkennen. Diese positive Seite besteht in der durch das Christenthum geförderten Kosmopolitisirung des Rechts, welche als die Vorstufe und Einleitung der großen weltgeschichtlichen Receptionsthat der neueuropäischen Völker zu würdigen ist. In die folgenden Zeitalter hinüberblickend sehen wir das Canonische Recht, die italienische Praxis des Mittelalters, das Recht des städtischen Güterverkehrs in Deutsch-

land und Frankreich, endlich das Handelsrecht der modernen Welt als übereinander sich erhebende Stufen jenes Geschichtsprocesses, welchen wir im vorzüglichen Sinn als die Reception des Römischen Rechts zu benennen gewohnt sind.

B. Rechtsunterricht.* Vielleicht schon in den Anfängen der Kaiserzeit hatten sich zu Rom öffentliche Stätten zum Dociren (*Stationes*) gebildet, wie früher von Schrader (Heidelb. Jahrbb. 1823. S. 979) angedeutet und neuerdings von Bremer (Die Rechtslehrer und Rechtsschulen; Berl. 1868. S. 14. 20) weiter ausgeführt worden ist. Wenn wir annehmen dürfen, daß von den beiden Juristenschulen jener Zeit jede ihr Auditorium in einer besonderen Station gehabt hat: so legt sich die Vermuthung nahe, daß diese Sitte durch Sabinus und Proculus begründet ward, und darum die zwei Schulen gerade von ihnen den Namen erhielten, obgleich Proculus dem Labeo an Bedeutung und Ansehn doch beträchtlich nachstand; Labeo, der Erste überhaupt, welcher den theoretischen Rechtsunterricht zur eigentlichen Lebensaufgabe machte, scheint dies nur in seiner Privatwohnung gethan zu haben; einer Station hätte er schon darum nicht vorstehen können, weil er immer die Hälfte des Jahres abwesend von der Hauptstadt war. Berühmt wurde nachmals zuerst die Rechtsschule zu Berytus, nicht eine Juristenschule im alten Sinn, sondern eine reine Lehranstalt. Bernhardy (Grundriß der Griech. Literatur I. S. 452) führt als das früheste Zeugniß über jene Phönizische Rechtsschule eine Verfügung Diocletian's (*l. 1. C. qui aetate se excusant 10, 49*) an: *Cum vos affirmetis, liberalibus studiis operam dare, maxime circa juris professionem, consistendo in civitate Berytiorum provinciae Phoeniciae: providendo utilitati publicae et spei vestrae decernimus, ut singuli usque ad XXV. annum aetatis suae studiis non avocentur.* Auf ein weit älteres Zeugniß aber macht Marquardt (Röm. Alterth. III. 1. 1851. S. 307. Anm. 2097) aufmerksam, enthalten in einer um 239 n. Chr. geschriebenen Rede des Gregorius Thaumaturgus (*or. paneg. ad Orig.* in der Vossius'schen Ausg. d. Werke 1603. p. 186); dort erzählt Gregor, daß er in Cappadocien lateinisch zu lernen und Römisches Recht zu studieren angefangen und sich dann nach Berytus gewendet habe; da dies von Gregor's Jugend zu verstehen ist, so erhellt, daß die Rechtsschule zu Berytus schon um 200 bestand. Es ist erklärlich, daß zuerst im Orient das Bedürfniß einer Anstalt kunstmäßigen Rechtsunterrichts entstand, und die Kaiser zur Stärkung der Römischen Herrschaft dort, vor Allem an der den Mittelpunkt des orientalen Seeverkehrs bildenden Küste, den Plan einer solchen Anstalt förderten. Doch wurde erst unter den christlichen Kaisern die Durchwanderung eines förmlichen academischen Lehrcursus gesetzliche Vorbedingung für die Erlangung von Staatsämtern (Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 112. S. 310 und Bremer a. a. O. S. 36).

*) s. Cursus § 953.

Mit der mehr theoretischen, doctrinären Wendung, welche auf den neuen Rechtsschulen zu Berytus u. s. w. der Rechtsunterricht nahm, hängt die wachsende Bedeutung des Juristen Gaius eng zusammen. Er war vielleicht unter den bekannteren Juristen der classischen Zeit der einzige, dessen Art und Weise dieser späteren Art des Lehrens recht conform war: so fühlte man sich ihm verwandt, und indem man sich zu ihm hingezogen fühlte, zog man ihn in den Vordergrund. Mag nun Gaius zu Troas, wie Mommsen (in Bekker's Jahrb. d. gem. R. III. 1858. S. 11.) — oder zu Berytus, wie Bremer (a. a. O. S. 77ff.) vermuthet, gelehrt haben: es ist im Allgemeinen leicht erklärlich, daß der Name des asiatischen Lehrers zu immer hellerem Glanze kam, jemehr die ganze Cultur des Rechts sich orientalisirte. „Justinian's Verordnung *Omnem reipublicae* ergibt, daß bis dahin wenigstens auf der Rechtsschule zu Constantinopel des Gaius Institutionen und sein Commentar zum Provinzialedict nebst Papinian's und Paulus' Responsen die stehenden Lehrbücher waren. Wenn Gaius Lehrer des Rechts in Troas war, und seine zunächst für den dortigen Localunterricht bestimmten Schriften in diesem Kreise sich behaupteten, wie dies glaublich genug ist, so lag es sehr nahe, als auf der Reichsuniversität zu Constantinopel 425 zwei Lehrstühle für das Civilrecht eingerichtet wurden, auch hier an den in der Gegend beliebten Lehrbüchern festzuhalten. Darum wurden die Schriften des Gaius jetzt in das Reichsrecht aufgenommen, was sodann im folgenden Jahre in der großen civilrechtlichen Novelle, wovon das s. g. Citirgesetz* einen Theil bildet, auch für das occidentalische Reich dahin ausgesprochen ward: *ut Gaium, quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus opere recitentur.* Von nun an ward Gaius also auch im Occident gebraucht, wie die Existenz der — wegen der fehlenden griechischen Stellen — wahrscheinlich in Italien geschriebenen Veroneser Institutionen-Handschrift und die burgundische und westgothische Codification beweisen; aber es hat doch seinen guten Grund, daß die constantinopolitanische Commission in den unter Justinian's Namen erlassenen Verordnungen (*Jnst. prooem. § 6.* und *§ 5. J. 4, 18* und Verordnung *Omnem reipublicae § 1)* ihn mehrfach mit Nachdruck Gaius *noster* nennt.“ Mommsen a. a. O. S. 12.

C. Von den rechtsgelehrten Arbeiten der nachclassischen Zeit sind uns einige — Erzeugnisse ohne allen selbständigen wissenschaftlichen Werth — handschriftlich erhalten.**

1. *Fragmenta Vaticana,* vom Cardinal Angelo Mai in der Vaticanischen Bibliothek i. J. 1820 auf einem *Codex rescriptus* entdeckt. Eine wahrscheinlich „nur zu praktischen Zwecken angelegte Rechtscompilation aus dem *Jus Vetus*“, in den uns erhaltenen Bruchstücken Auszüge aus Papinian's *Responsa* und *Quaestiones,* aus mehreren Schrif-

---

*) s. Cursus § 952. **) s. Cursus § 953 und Excurse S. 295. 299. — Vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 103.

land und Frankreich, endlich das Handelsrecht der m
übereinander sich erhebende Stufen jenes Geschicht
wir im vorzüglichen Sinn als die Reception des
zu benennen gewohnt sind.

B. Rechtsunterricht.* Vielleicht sch
Kaiserzeit hatten sich zu Rom öffentliche St
nes) gebildet, wie früher von Schrader (F
angedeutet und neuerdings von Breme
schulen; Berl. 1868. S. 14. 20) weiter
wir annehmen dürfen, daß von den
jede ihr Auditorium in einer beso
sich die Vermuthung nahe, daß
lus begründet ward, und dar
den Namen erhielten, obgleic
Ansehn doch beträchtlich n
cher den theoretischen P ... *antejust.*
gabe machte, scheint ... *inscriptione no-*
haben; einer Station h ... ekker's Jahrb. d. gem.
er immer die Hälfte
rühmt wurde nachr ... *um Mosaicarum et Romanarum*
eine Juristenschu ... *accepit ad Moysen*, in drei Handschriften
Bernhardy (C ... Wien) erhalten. Eine nach der Ordnung der
früheste Zeug ... des Pentateuch unternommene „Concordanz gött-
Diocletian's ... lichen Rechts", in welcher Auszüge aus des Gaius
tis, liberali ... Modestin's *libri differentiarum*, mehreren Schriften des
nem, cor ... Ulpian und Paulus, sowie einige theils ältere den *Codices*
videndo ... und *Hermog.* entnommene, theils spätere Constitutionen ent-
XXV ... sind, alles in 16 Titel vertheilt. „Das Ende ist defect, doch
Zeu ... wie es scheint, nicht viel". Ueber die Zeit der Abfassung (396
Ar ... 438, oder gar bis in den Anfang des 6. Jahrh.) und den Verfasser
... rchenvater Rufinus? Huschke wegen *Coll. leg. 5, 3*) herrscht
Streit.

Erste Ausgabe auf Grund der Berliner (s. g. Pithouschen) Handschrift von Petr. Pithou: *Fragmenta quaedam Papiniani etc. cum Moysis legibus collata* (*Paris. 1573*). Neuerdings auf Grund aller drei Handschriften edirt von Blume: *Lex Dei s. Mosaic. et Rom. legum Coll.* (Bonn 1833); im Bonner *Corpus Juris I.* p. 389—396 enthalten. Dazu Blume, Lachmann und Huschke i. d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. X. No. 4 u. 5. XIII. No. 1. u. v. Wyss i. Archiv f. schweizer. Geschichte VII. (1851) S. 205—227.

3. *Consultatio veteris Jurisconsulti de pactis*, in einer jetzt verlorenen Handschrift, von welcher eine Abschrift hinter den Consultationen des Cujacius enthalten ist. Ein in Gallien gefertigtes Advocatengutachten über 9 oder 10 Rechtsanfragen mit wörtlichen Belegen aus *Pauli Sententiae receptae* und Constitutionen, welche den *Codices Gregor.*, *Hermog.* und auch *Theodos.* entnommen sind. Es scheint noch

ˀe Theodosius' II. (450) verfaßt zu seyn, und findet sich
ˀn Chartres (1090—1115) citirt.
ˀugg é im Bonner *Corpus juris antejust.* p. 391—408.
Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XIII. No. 2.
·*tici libellus constitutionum*, „eine Zusam-
Grenzrecht bezüglichen Verordnungen Domi-
·r Principes, die von Anderen fortgeführt
ferungen, einer vor- und einer nachjusti-
Sie enthält namentlich den Pandekten-
der älteren Ueberlieferung u. A. auch
ˀ aus Theodosischen Novellen kom-
ˀromatische Institutionen S. 232

ˀen sind uns mehrere hand-

.*miani, Constantii, Galerii ad pro-*
. *enalium:* eine gesetzliche Taxe aller
.. Ostländer des Reichs, v. J. 301, in sechs
.isch überliefert. — Behandelt und herausgegeben
.. in den Verhandl. der sächs. Gesellsch. d. Wiss. 1851.
. 383—390. und von Haenel *Corpus legum* p. 175.

.. *Edictum Constantini* über das Anklagerecht, v. J. 314, „auf vier Ambrosianischen Abschriften einer Lapidarinschrift erhalten." — Behandelt und herausgegeben von Klenze i. d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. IX. S. 56—90. 226—231. u. Haenel *Corpus legum* p. 190.

3. *Notitia Dignitatum (et administrationum omnium tam civilium, quam militarium) in partibus Orientis et Occidentis*, „ein auf älteren Grundlagen beruhendes, aber erst um 400 n. Chr. im Reichsarchive entworfenes amtliches Schema für den Behördenmechanismus und die Verwaltungsordnung im vollendeten nachconstantinischen Gesammtstaat," in den Handschriften mit Anhängen, z. B. dem s. g. *Libellus provinciarum* und *Itinerarium Antonini*, verbunden. Vergl. Böcking Ueb. d. *notitia dignitatum utriusque imperii.* (Bonn 1834). Von demselben kritische Ausgabe der *Notitia* (Bonn 1839—1853). Vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 84 u. Mommsen i. d. Abhandl. d. Berl. Acad. d. Wiss. 1862. S. 498 ff.

E. Codificationen.

1. *Gregorianus Codex*;* Verfasser Gregorianus, „ohne Zweifel ein Jurist im kaiserlichen Consistorium, vielleicht noch unter Diocletian und Maximian". Abgesehen von den im *Codex Justinianeus* befindlichen (?) Constitutionen „ist uns nur ein dürftiger, auf 13 Titel, 22 Constitutionen beschränkter Auszug unter dem *Jus vetus* in der westgothischen

*) Der Eigenname, welcher adjectivisch zu verstehen ist, steht hier, ebenso wie beim Hermog. Codex immer voran. Daß die Verfasser nicht Gregorius, Hermogenes, sondern Gregorianus, Hermogenianus hießen, darüber s. gegen Osann Pomponius *de origine juris* (Gieß. 1847. p. 151—7) neuerdings Huschke i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI (1867) S. 283.

Lex Romana überliefert. Ihm hat man die in den Vaticanischen Fragmenten, der *Collatio* und *Consultatio* zerstreuten Excerpte angeschlossen und aus diesen Trümmern das verlorne Werk, soweit dies mit solchem Material möglich ist, in seiner ursprünglichen Gestalt herzustellen versucht." Unter diesen Constitutionen ist die älteste vom Jahre 196 (von Septim. Sever.), die jüngste vom Jahre 295 (von Diocletian). Nach Haenel's Vermuthung zählte der *Codex* 16 Bücher.

Erste Ausg. von Sichard in seiner *lex Rom. Visigothor.* 1528. fol. 164—167. Neueste und vollständigste Ausg. von G. Haenel im 2. Theil des Bonner *Corpus juris antej.*

2. *Hermogenianus Codex;* Verfasser ein Hermogenianus, vielleicht unter Valens (364—378). Auch diese Sammlung ist uns, abgesehen von den im *Cod. Just.* befindlichen (?) Constitutionen, nur in einem dürftigen Westgothischen Auszuge überliefert. „Mit Hülfe der Vatican. Fragmente, der *Collatio,* der *lex Rom. Burgundionum* und anderer Citate hat Haenel die Zahl der Titel mit Ausschluß der 7 Constitutionen aus der *Consultatio* auf 18 gebracht." Die Sammlung sollte ein Supplement des Gregorianus seyn, und zerfiel bloß in Titel, nicht in Bücher. — Ausg. v. G. Haenel im Bonner *Corp. juris antej.* p. 61—80. —

Ueber Ursprung und Zusammenhang dieser beiden ältesten Codificationen des Kaiserrechts hat neuerdings Huschke Ueb. d. *Gregor.* und *Hermog. Codex* (in Rudorff's Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. 1867. S. 279—331) Licht verbreitet. Ursprünglich wurden sie nur unter dem Namen des Verfassers als Gregorianus, Hermogenianus (z. B. *Greg. libro XIII. in Vat. fragm. 266; libro XIV. in Coll. leg. 1, 8; Herm. sub titulo de deposito in Coll. leg. 10, 3*), dann häufig auch als *Corpus Gregoriani, Hermogeniani* (z. B. *Consult. vet. Icti 1, 9*), endlich seit der Verordnung Theodos.' II. v. J. 438 (*l. 5. C. Th. de const. princ. 1, 5*) als Gregorianus und Hermogenianus Codex citirt.

Dem Gregorianus waren zwei Privatsammlungen kaiserlicher Erlasse vorangegangen: 1) *Dositheus, D. Hadriani Sententiae et Epistolae* (ein bloßes Schulbuch)* und 2) *Papirius Justus, Constitutionum libri XX,* eine Sammlung von Proceß-Rescripten des *Marc Aurel,* die wahrscheinlich identisch ist mit den in den Digesten mehrfach citirten *Semestria D. Marci* (*fr. 46. D. de pactis 2, 14* u. s. w.). Vergl. Huschke a. a. O. S. 281. 327. Ueberhaupt hatte mit Hadrian eine neue Epoche** für die kaiserlichen Rescripte begonnen. „Die älteste Constitution des *Just.* und somit denn gewiß auch des *Gregor. Codex* ist von Hadrian (*l. 1. C. de test. 6, 23*), und schon, daß es die einzige von ihm ist, deutet auf die Absicht der Compilatoren, damit den Anfang der Zeit, welche das Recht der alten Codices umspannte, zu bezeichnen. Auch die *scriptores historiae Augustae* fangen mit Hadrian an. Mit Hadrian vollendete sich nämlich die etwa seit Vespasian begonnene Umwandlung des ursprünglich despotischen oder absoluten Kaiserthums

*) s. Excurse S. 289 (*fragmentum Dositheanum*). **) Vergl. dazu Cursus § 312.

in ein verfassungsmäßiges mit den Principien, daß das Kaiserthum regelmäßig aus einem Collegium bestehen müsse, daß dem Kaiser gezieme, nach den Gesetzen, die er selbst gebe, auch selbst zu leben, daß der Fiscus auf Verlangen der Gegenpartei auch vor dem gewöhnlichen Richter Recht nehmen müsse,* daß vom Senat nicht mehr an den Kaiser appellirt werden könne u. s. w. Insbesondere wurde der Kaiser nun auch verfassungsmäßig der Hort der Einzelnen gegen die Bedrückungen der senatorischen oder sonst wie mächtigen Familien. In diesem Interesse brachte namentlich Hadrian das Edict zum festen Abschluß,** namentlich zu Gunsten der vielen Mitbürger in den Provinzen. Hiermit hängt aber wieder zusammen, daß man Hadrian in gewissem Sinne auch den Urheber des alten kaiserlichen, namentlich des Rescriptenrechts,† nennen kann. Wohl hatten auch die früheren Kaiser schon rescribirt, aber ihre Rescripte (an Privaten) verliehen in der Regel nur Privilegien. Rescripte mit allgemeinen Principien werden nun allerdings auch schon von den Vorgängern des Hadrian (seit Vespasian) als das gemeine Recht fortbildende von den Juristen angeführt, die meisten von Trajan; unverhältnißmäßig mehr aber doch auch erst von Hadrian an" (s. Haenel *Corpus legum* p. 93—101). „So bildeten die kaiserlichen Proceßrescripte seit Hadrian auf Grundlage des *edictum perpetuum* die nunmehr schriftliche *viva vox* des modernen Civilrechts, und eine Codificirung derselben mußte selbstverständlich mit Hadrian anfangen. Auch erscheint es nun als eine innere Nothwendigkeit, daß der *Gr.* und *Herm. C.* die Ordnung des prätorischen Edicts befolgten." Huschke S. 321. 322. 328.

Betreffs der Zeit greifen die beiden *Codices* gewissermaßen in einander, indem die jüngste Constitution des Gregorianus dem Jahre 295, die älteste des Hermogenianus dem Jahre 290 angehört, wie Huschke (S. 285—7) gezeigt hat. Dies führt zu der Vermuthung, daß Gregorian seine Sammlung in den letzten Jahren des 3. Jahrh. verfaßte. Er that es demnach unter Diocletian und wohl auch auf dessen Anlaß; Diocletian's Plan mochte „auf Herstellung eines möglichst vollständigen Thesaurus des kaiserlichen *jus vetus*" gerichtet seyn, um auf diese Weise in der Praxis die Möglichkeit einer Unterscheidung der wirklich generellen Constitutionen von den bloßen Specialrescripten zu geben (Huschke S. 299. 319); und ihm ist diese Initiative um so eher zuzutrauen, weil auch er es war, der die Sammlung der s. g. *scriptores historiae Augustae*, d. h. von Biographen der Kaiser Hadrian bis Diocletian, veranlaßte. „Wir kennen keinen bedeutenden Juristen Gregorianus unter Diocletian; der Verfasser des Codex scheint nur ein untergeordnetes Subject gewesen zu seyn; aber auch das entspricht der literärischen Bedeutung eines Spartian, Vopiscus, Trebellius Pollio, Vulcatius, die nicht mehr mit den alten Geschichtsschreibern der Kaiserzeit auf gleiche Linie gestellt werden können". Huschke S. 288.

---

*) Vergl. Cursus § 329. **) s. Cursus § 301. †) s. Cursus § 307.

Während der *Gregorianus Codex* Constitutionen aller Art enthielt, zeigt der *Hermogenianus Codex* nur Rescripte im eigentlichen Sinn; die jüngsten sind von Valens aus dem Jahre 364. Bald nachher muß Hermogenian — wahrscheinlich identisch mit dem Verfasser der in den Digesten excerpirten *juris epitomae*, die gleichfalls nach Titeln geordnet waren: Huschke S. 291. 292 — die Sammlung gefertigt, oder wenigstens in letzter Gestalt vollendet haben, denn die *Collatio legum* citirt sie schon, Cölius Sedulius († 494) in seiner Präfatio zum *opus Paschale* (*biblioth. patr. max. VI.* p. 458) nennt drei *editiones sui operis* als von ihm selbst abgefaßt und zählt ihn unter die *Veteres*, und Ammian 30, 4. § 16 zu dem Jahre 374 erwähnt „*Codices*", wobei nur an den *Gregor.* und *Hermog. Codex* gedacht werden kann (Huschke S. 291—4). Gerade eine Auswahl von Rescripten zu treffen, mußte ein besonders dringendes Bedürfniß werden, da seit dem 4. Jahrhundert, namentlich seit dem beträchtlich vermehrten Rescribiren infolge der Reichstheilung, über zunehmende Rechtsunsicherheit wegen der vielen oft sich widersprechenden Kaisererlasse geklagt wurde. Mehrere Kaiser versuchten daher auf verschiedenem Wege diesem Uebel abzuhelfen; man begann seit Constantin zwischen den auf *sacra generalitas* beruhenden und bloß speciellen Erlassen an Privaten genauer zu unterscheiden; schon Constantin verordnete, daß Privaten-Rescripte, deren Inhalt *contra jus* (*sc. generale*) stritte, keine Geltung behalten sollten (i. J. 315: *l. 2. C. Th. de div. rescr. 1, 2*). Wichtig war es aber, eine Uebersicht der an Privaten ergangenen Rescripte von allgemeiner Geltung zu haben, da sie nicht so einfach, wie die von den Kaisern immer gemeinsam erlassenen Generaledicte, erkennbar waren: diesem Zwecke sollte wohl die Hermogenianische Supplementsammlung dienen. Gründlich half freilich hier erst eine Constitution von Arcadius und Honorius (i. J. 398), welche selbst den an Richter ergangenen Rescripten die Allgemeingeltung schlechthin absprach (*l. 11. C. Th. eod.; dazu l. 2. 3. C. de legib. 1, 14*). Huschke S. 300—306.

Beide Codices waren für das ganze Reich bestimmt, und beide scheinen im Orient entstanden zu seyn. Huschke hat selbst seine früher geäußerte Ansicht, daß Gregorian's Sammlung im Occident veranstaltet worden (i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIII. S. 9), jetzt zurückgenommen (i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. S. 306), indem er sich zugleich gegen die von Mommsen (in seiner Ausgabe der *Vaticana fragm.* p. 398sq.) ausgeführte Ansicht, es sei eine occidentale (vollständige) und eine orientale (bloß vorconstantinische Rescripte enthaltende) Redaction des Hermogenianus zu unterscheiden, erklärt (Huschke a. a. O. VI. S. 308—312).

3. *Codex Theodosianus.* Derselbe war ein vom Kaiser nicht bloß veranlaßtes, sondern befohlenes und im engern Sinn officielles Werk. — Nach den oben angegebenen Maßregeln blieb noch „ein einziger Zweifel, ob nämlich ein Rescript nicht vielleicht nur zufällig durch eine Consultation wegen eines einzelnen Falles veranlaßt und doch als

jus generale gemeint sei". Denselben „beseitigte noch durch genaue Angabe der Kriterien einer allgemeinen Verordnung Valentinian's III. Gesetz v. 6. Nov. 426, d. h. einen Tag vor dem s. g. Citirgesetz (*l. 3. C. Th. de resp. prud. 1, 4*)." „Was nun aber das neue Recht der kaiserlichen Gesetze betrifft, so schaffte erst die Abfassung des *Theodos. Codex* Hülfe, indem in diese Sammlung alle kaiserlichen Verordnungen aufgenommen wurden, welche noch gelten sollten. Auch konnte nun durch Edicte keine neue Rechtsunsicherheit mehr entstehen, da die beiden Reichshälften streng geschieden waren, und das Princip festgestellt wurde, daß Verordnungen des einen Kaisers, nur wenn sie auch vom anderen in seinem Gebiet publicirt würden, daselbst gelten sollten." Huschke Zeitschr. f. Rechtsgesch. VI. S. 306.

Theodos. II. und Valentinian ordneten die Codificirung durch eine Constitution v. J. 429 (*l. 5. C. Th. de const. pr. 1, 1*) an, welche in Constantinopel an den dortigen Senat gerichtet, dann auch im Römischen Senat recitirt wurde. Die Sammlung sollte mit Constantin beginnen. Die anfängliche Commission ward im Jahre 435 verdoppelt, d. h. auf 16 Mitglieder gebracht. Durch Gesetz vom 15. Febr. 438 verkündigt, sollte die fertige Sammlung vom 1. Jan. 439 an ausschließliche Gesetzeskraft haben.

„Im Orient wurde der Theodos. Codex mit seinen beiden Vorläufern in den Justinianischen eingearbeitet. Im Occident erscheint er in der Westgothischen *Lex Romana* epitomirt und noch später, im 7. Jahrhundert, wurde er, muthmaßlich auf der Rechtsschule zu Ravenna, summirt (*Antiqua Summaria Codicis Theod. ed. G. Haenel 1834*). Die Ueberlieferung ist allmählich so weit vervollständigt, daß jetzt nur noch die ersten fünf Bücher und Buch 6, Tit. 1. 2. auf der Westgothischen Epitome beruhen, und selbst diese durch eine Anzahl entdeckter ächter Constitutionen sehr erhebliche Ergänzungen erhalten haben." Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 100.

Berühmte Ausgabe von Jac. Gothofredus: *Codex Theod. cum perpetuis commentariis. Opus posthumum. VI Tomi, Lugd. 1655. fol.* Spätere Ausg. von Ritter, *VI Tomi, Lips. 1736—45.* Eine Ausgabe der in Turin und Mailand entdeckten Constitutionen aus den 5 ersten Büchern lieferte Wenck: *Codicis Theod. libri V priores. Lips. 1825.* Neueste kritische Ausg. von G. Haenel 1842 im Bonner *Corpus juris antej. Vol. II.* p. 81 sq., beruhend auf 54 Handschriften und den bisherigen Ausgaben.

4. An diesen Codex schließen sich spätere Constitutionen (*novellae leges*) an. „Die Novellen von Theodos., Valentinian (425—455), Marcian (450—457), Majorian (457—461), Severus (461—465), Anthemius (467—472), also von 6 meist occidentalischen Kaisern sind in der größten abendländischen Sammlung nach der Zahl eben dieser Kaiser in 6 Abthlgn. unter Titelrubriken zusammengestellt, so daß jede dieser Rubriken gewöhnlich 1 Novelle enthält." Rudorff Römische Rechtsgeschichte I. § 101. Kritische Ausgabe von G. Haenel: *No-*

vellae Constitutiones Imperatorum Theodosii II., Valentiniani III. etc. 1844. im Bonner *Corp. jur. antej.* hinter dem *Cod. Theod.*

III.

Verarbeitung und Wiederbelebung des antiken Rechts.

A. Der Orient und das byzantinische Recht nach Justinian (*Jus Graeco-Romanum*).

Zu § **956**] 1. Es ist nicht bloß im Allgemeinen culturgeschichtlich interessant, die byzantinische Fort- und Umbildung des Römerrechts zu verfolgen, sondern dessen genauere Bekanntschaft ist überdies für die Exegese und Kritik der einzelnen Stücke der Justinianischen Sammlung als Hülfsmittel von großer Wichtigkeit. Das byzantinische Recht ruht auf jener Sammlung selbst nebst den Novellen Justinian's und einigen Novellen der nächsten Nachfolger desselben: Justin's II., Tiberius II., Mauricius und Heraclius (a. 565—641.), von denen 7 in der Sammlung der 168 Novellen aufgenommen sind. Das wichtigste neuere Werk über diese Epoche ist von Zachariae von Lingenthal: Innere Geschichte des Griechisch-Römischen Rechts. Leipzig 1856—1864. Buch. I: Personenrecht. Buch II: Erbrecht. Buch III: Sachenrecht. Buch IV: Obligationen-Recht). Außerdem vergl. *Mortreuil Histoire du droit Byzantin depuis la mort de Justin. jusqu'à la prise de Constantinople. 3 Vol. 1843—6.*

Seit Leo Isauricus (717—741), mit welchem auch die Novellen spärlich wurden, verfiel das Studium des Justinianischen Rechts; die bilderstürmenden Kaiser schlugen neue Bahnen ein. Leo selbst, mit seinem Sohne Constantinus Copronymus, ließ (a. 740) ein kleines Lehrbuch in 18 Titeln zusammenstellen: Ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ γενομένη (*Ecloga Leonis* in Zachariae's *Collectio librorum juris Graeco-Romani ineditorum, 1852),* „welche sich zwar als einen Auszug aus dem Justinianischen Recht ankündigt, in der That aber die wichtigsten Reformen, u. A. im Ehe-, Eltern- und Vormundschaftsrecht, enthält.“

Während des nächsten Jahrhunderts scheint die Rechtsentwicklung ziemlich still gestanden zu haben. Erst mit Basilius Macedo (867—886) und unter dessen Nachfolgern aus dem Macedonischen Hause nimmt die Gesetzgebung einen neuen Aufschwung, und lebt das Studium des Justinianischen Rechts wieder auf. Basilius verordnete, nach Zusammenstellung der antiquirten Bestimmungen des Justinianischen Rechts (*cf. praefatio Prochiri, § 3*), die Ausarbeitung eines großen Rechtsbuchs nach dem Muster der Digesten, mit dem Titel Ἀνακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων (*repurgatio legum*), und daneben eines kleineren Werks, nach dem Muster der Justinianischen Institutionen, aber nach dem System der *Ecloga Leonis,* mit dem Titel πρόχειρον (*Manuale,* oder Ἐγχειρίδιον und Πρόχειρος νόμος), in 40 Titeln, worin die Römischen Kunstausdrücke durch griechische ersetzt wurden; letzteres verwies auf die zwar vorläufig ausgearbeitete, aber noch nicht verkündigte

Ἀνακάθαρσις und erschien um d. J. 878. Die *Ἀνακάθαρσις* selbst aber, deren (von Basilius einer Commission unter Symbatius aufgetragene) Revision beim Tode des Kaisers noch nicht fertig war, ward erst von dessen Sohne Leo VI. Philosophus (886—912) vollendet, als Kaiserrecht verkündigt, und danach als *Βασιλικά* (*sc. νόμιμα*) oder *τὸ ἑξακοντάβιβλον* bezeichnet (Basilica Leonis). Die 60 Bücher dieses Werkes, zu dem wahrscheinlich durch Constantinus Porphyrogenitus (912—959) eine officielle *interpretatio* (s. g. *Παραγραφαί τῶν παλαιῶν*) gefügt wurde, zerfallen in Titel und Capitel (und bez. Paragraphen); erhalten sind uns davon etwa zwei Drittel (Buch 1—18. 20—30. Tit. 1., Buch 38—42. 45—52. 60 vollständig), welche von Heimbach (1833—1851) und Zachariae (*Supplementum editionis Heimbachianae, 1846*) herausgegeben sind.

Der neue Plan der *Ἀνακάθαρσις* hatte auch eine neue Ausgabe des *Manuale* veranlaßt, welche, früher fertig als die Basiliken, noch bei Lebzeiten des Basilius (885) unter dem Titel *Ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου* verkündigt ward, ohne daß die Zurücknahme des älteren *Manuale* erfolgt wäre. Beide Ausgaben sind erhalten und von Zachariae (die ältere 1837, die jüngere 1852 in der cit. *collectio librorum juris*) herausgegeben. Außerdem sind uns 113 Novellen Leo's (*αἱ τῶν νόμων ἐπανορθωτικαὶ καθάρσεις*) erhalten, welche während und nach der Basilikenarbeit (887—891) erlassen wurden, und in die meisten Ausgaben unseres *Corp. jur. civ.* Aufnahme gefunden haben.

2. „Die Ausläufer byzantinischer Gesetzgebung und Jurisprudenz nach der basilianischen Gesetzrevision bieten zwar noch immer ein kirchliches und geschichtliches, aber für die westeuropäischen Culturvölker, denen das reinrömische Recht zum Vorbild gegeben ist, kein rechtswissenschaftliches Interesse mehr dar." Aus der Menge von Auszügen und Lehrbüchern sind hervorzuheben: 1) eine *Ἐκλογὴ νόμων* unter Kaiser Romanus (920—944) in 50 Titeln, worin Justinian's Digesten wie Leo's *Enchiridion* benutzt sind. 2) Eine *Ἐκλογὴ καὶ σύνοψις τῶν βασιλικῶν* (s. g. *Synopsis major*) in 24 Abschnitten und 348 Titeln: ein 969 verfaßter Basilikenauszug. 3) *Πεῖρα* oder *Διδασκαλία ἐκ τῶν πράξεων:* eine (für die Restitution der Basiliken brauchbare) Zusammenstellung von Rechtsfällen nebst Entscheidungen und Basilikencitaten in 75 Titeln aus der 2. Hälfte des 11. Jahrhunderts. 4) Das *Πόνημα* des Kaisers Michael Dukas: ein aus den Basiliken gearbeitetes kurzes Lehrsystem vom Jahre 1072. 5) Die *Νέαι παραγραφαί:* eine Glossensammlung zu den Basiliken aus postjustinian. Novellen und Juristenschriften des 11. und 12. Jahrhunderts, um die Mitte des 12. Jahrhunderts zu einer *glossa ordinaria* (der Basiliken) verarbeitet.

3. Das Justinianische Recht stand als theoretische Hülfsquelle während dieser Zeit noch in einigem Ansehn, wie namentlich die *ἐκλογὴ νόμων* beweist. Mit der zur Errichtung des latein. Kaiserthums (1204) führenden Invasion aber ward auch jene Tradition abgebrochen, und die roheste Compilation griff Platz. Aus dieser sind die bedeutendsten

Erzeugnisse: 1) das *Νόμιμον κατὰ στοιχεῖον* (die s. g. *Synopsis minor, ed.* Zachariae, 1856) im 13. Jahrhundert, und 2) das *Πρόχειρον νόμων τὸ λεγόμενον ἡ Ἑξάβιβλος* (*Manuale legum sive Hexabiblos*) des Thessalonicher Stadtrichters Const. Harmenopulus in 6 Büchern und 83 Titeln, im 14. Jahrhundert (*ed.* Heimbach, 1851). Vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. § 125—129.

4. Im wiederhergestellten Königreich Griechenland wurden 1822 die Basiliken als allgemeines Gesetzbuch anerkannt, aber seit 1828 (bez. 1838) das *Manuale Harmenopuli* an die Stelle gesetzt; die Basiliken werden nur noch zur Ergänzung oder Auslegung des *Harmenopul* benutzt. Vergl. die Quellenübersicht in Kalliga *Σύστημα τοῦ Ῥωμαϊκοῦ δικαίου ἐν Ἑλλάδι* (Athen 1848. 1849. 2 Bde.).

B. Der Occident und die italienische Glosse.

Zu § **955. 956**] 1. Die Schicksale des Römischen Rechts im Occident nahmen einen vom Orient ganz verschiedenen Gang. Die Kunde und Uebung dieses Rechts erlosch zwar nicht ganz in Italien und den westlichen Ländern, aber blieb doch ohne namhafte Erscheinungen bis zu der im 12. Jahrhundert erfolgenden Wiedererweckung. — Die fortdauernde Bekanntschaft mit den Justinianischen Gesetzen ward durch die im 6. Jahrhundert zu Ravenna, als neuem Sitze des Exarchen, und durch die im 10. Jahrhundert zu Pavia errichtete Rechtsschule erhalten, und zeigt sich nicht bloß in zahlreichen Schriften des nach Römischem Recht lebenden Clerus, sondern auch in manchen Profanwerken, z. B. a) in der s. g. *Summa Perusina,* einem Breviar der ersten 8 Codexbücher, aus dem 9. Jahrhundert (?), b) in einer *Summa Novellarum constitutionum Justiniani,* s. g. *Brachylogus juris civilis* oder *Corpus legum,* einem nach dem Institutionensystem gearbeiteten Lehrbuch in 4 Büchern, um 1100, c) in *Petri Exceptiones legum Romanorum* in 4 Büchern, im südöstlichen Frankreich gegen Ende des 12. Jahrhunderts verfaßt.

Die fortdauernde Geltung des Römischen Rechts war theils eine persönliche (als angebornes Recht), nämlich die der *lex Romana Visigothorum* in Spanien und die des Justinianischen Rechts für die Geistlichkeit in Italien, theils eine territoriale, nämlich die der *lex Romana Visigothorum* in Südfrankreich (*Provinciae juris Romani s. scripti*) und des Justinianischen Rechts in den byzantinischen Strichen Mittel- und Norditaliens (des Exarchats). Als indeß in Spanien die *lex Romana* durch Chindaswind (642—652) abgeschafft, im Longobardischen Reiche die Geistlichkeit unter die *lex Longobardorum* gestellt ward, und die Städte ihre Römische Gemeindeverfassung einbüßten: scheint das Römische Recht mehr und mehr den germanischen Gesetzen Platz gemacht zu haben und die Römische Bevölkerung in die herrschende Nationalität allmählich aufgegangen zu seyn, so daß schon der Lombardenkönig Liutprand (713—743) neben der *lex Romanorum* die *lex Longobardorum* als *„apertissima et paene omnibus nota"* bezeichnen

konnte (*lex Liutprandi VI., 37*) und in der von Karl d. Gr. (774) eroberten Lombardei „der gemischten Bevölkerung die willkürliche Profession des angestammten Rechts gestattet“ werden mußte (*Capitulare Longob.* a. 783 c. 4. und a. 787 c. 8). Vergl. Böcking Pand.-Instit. (2. Aufl.) S. 101 ff. Stintzing Geschichte der popul. Literatur des Römisch-kanon. Rechts f. Deutschland (Leipz. 1867) S. 73. 88. 90—95.

2. Da erhielt das Justinianische Recht von Bologna aus, wohin das Rechtsstudium von Ravenna übersiedelte, durch die von den Karolingern wiedererweckte Idee des kaiserlichen *dominium mundi* und durch das Bedürfniß der beginnenden städtischen Civilisation in Norditalien neues Ansehn: die Glosse zur *Lombarda* (*ad l. 1. Lomb. I., 1.* und *ad l. 12. Lomb. I., 27*) hob die *lex Romana* als *omnium generalis* hervor, ein Gesetz Konrad's II. (1027 oder 1038) schrieb den Römischen Gerichten die ausschließliche Anwendung der *Romanae leges* vor (Pertz *Monum. Germ. IV.*, p. 40), und in Bologna erklärte um 1015 ein Gerichtschöppe Pepo, dann aber mit dem ersten entscheidenden Einflusse Irnerius (Guarnerius, Wernerius), welcher dazu von der Gräfin Mathilde von Canossa ermuntert worden seyn soll, seit 1118 die Justinianischen Rechtsbücher, welche von Ravenna herüber und in die Hände der Bologneser Lehrer kamen.

Irnerius wird der erste Glossator genannt. Die wichtigsten Namen der von ihm ausgehenden, über ein Jahrhundert blühenden Glossatorenschule sind zunächst die s. g. *IV Doctores juris,* unmittelbare Schüler des Stifters: Bulgarus, Martinus Gosia, Jacobus de Porta Ravennate und Hugo de Alberico, welche um die Mitte des 12. Jahrhunderts lehrten; Bulgarus, dessen *os aureum,* und Martinus, dessen *copia legum* gerühmt wurden, wichen so von einander ab, daß sie als Begründer zweier Zweigschulen (*Bulgariani* und *Gosiani*) galten. Nach ihnen: Rogerius und Odericus in Bologna, Placentinus in Montpellier, Magister Vacarius in Oxford in der 2. Hälfte des 12. Jahrhunderts; Azo und Hugolinus de Presbyteris zu Bologna im Anfang des 13. Jahrhunderts, endlich Accursius († um 1260), der durch sein großartiges Werk einer allgemeinen Glossencompilation „die Reihe der eigentlichen Glossatoren, gleichsam die Patristik der Jurisprudenz“ abschloß. Jenes Werk kam schnell zu hohem Ansehn („*Glossa ordinaria s. magistralis*“), und führte, dem Universitätsunterrichte zugrunde gelegt, bald zu einer Vernachlässigung der früheren (Original-) Glossatorenschriften.

3. Die Justinianischen Rechtsbücher waren den Glossatoren nicht auf einmal, sondern stückweise nach und nach zugekommen; ein Theil der Digesten (das s. g. *Infortiatum*) scheint fast verschollen gewesen zu seyn und gelangte später als alle übrigen Theile in des Irnerius Hände. Aus diesem Umstande ergibt sich folgende mit Rücksicht auf die Unterrichtsordnung üblich gewordene fünfgliederige Eintheilung der Rechtsbücher durch die Glossatoren: I. *Digestum vetus* (Buch 1—24, 2 der Digesten). II. *Infortiatum* (ohne Hauptwort). III. *Digestum*

novum (Buch 39 bis zu Ende). IV. *Codex*, d. h. *Lib. 1—9* des *Codex*. V. *Volumen legum parvum*, oder *Volumen* schlechthin, enthaltend 1) die Institutionen, 2) das s. g. *Authenticum* in *9 Collationes* (d. h. die lateinische Sammlung der 134 Novellen, von denen 37 Stück als unbrauchbar ausgeschieden, als *extraordinariae* bezeichnet wurden und in den gewöhnlichen Handschriften ausgelassen sind), und 3) die zuletzt entdeckten *tres libri Codicis* (Buch 10—12). *Authenticum* oder *liber Authenticorum* ward die Novellensammlung im Gegensatz zu der *Epitome Juliani* genannt und späterhin als *Versio vulgata* bezeichnet.

Hugolinus de Presb. fügte zum *Authenticum* noch als *decima collatio* hinzu: das Longobardische Lehnrecht (*II libri feudorum*, kurz *Feudista*) und den Kostnitzer Frieden (*Pax Constantiae*) vom Jahre 1183, wodurch Friedrich Barbarossa den lombardischen Städten ihre Freiheiten bestätigte.

Als weiterer Anhang kamen endlich hinzu (als *Extravagantes* oder wohl auch *undecima collatio*) die s. g. *Constitutiones Imperatoriae* d. h. lehnrechtliche Satzungen der Kaiser Friedrich I. und II. und Heinrich's VII.

Die erläuternde und fortbildende Thätigkeit der Glossatoren äußerte sich außer in den exegetischen *Glossae* (*marginales* und *interlineares*, zu *Apparatus* gesammelt) auch in *Summae* (Inhaltsangaben), *Authenticae* (d. h. Novellenauszügen zu den betreffenden Codexstellen), *Casus* und *Consilia* (Rechtsfällen), *Quaestiones* (erdichteten Rechtsfällen) und *Disputationes*. Die Controversen (*Dissensiones Dominorum:* Ausgabe v. Hänel, 1834) wurden gesammelt, die griechischen Pandektenstellen durch eine alte lateinische Version ersetzt und die griechischen Codexconstitutionen ganz ausgelassen (denn „*Graeca non leguntur*"); letztere sind erst neuerdings griechisch wieder hergestellt (s. g. *leges restitutae;* vergl. Witte sen. Die *leges restitutae* im Justinianischen Codex; 1830).

4. Die Postglossatoren (*Commentatores:* Söhne des Accursius; Odofredus, Durantis, Bartolus und Baldus † 1400) kamen in der Exegese über den Standpunkt der Glosse nicht hinaus, aber trugen zur philosophischen Durchdringung, systematischen Formulirung (*ferrea jurisprudentia!*) und praktischen Fortbildung (*Schola Bartolina*) des Rechts bei. Auch unter ihnen ward Italien die wissenschaftliche Hegemonie noch bewahrt, die erst im 16. Jahrhundert auf Frankreich und die Niederlande überging. Infolge der zahlreichen Stiftungen von Rechtsschulen in Italien, Südfrankreich und Spanien während des 13. und 14. Jahrhunderts fand eine rasche Verbreitung der glossirten Rechtsbücher statt: *Quod non agnoscit Glossa, nec agnoscit Curia;* das Glossatorenrecht ward die Form, in welcher das R. R. Reception fand.

v. Savigny, Gesch. d. Röm. R. im Mittelalter (1. Ausg. Heidelb. 6 Bde. 1826—31; 2. Ausg. Heidelb. 1834. 1850. 1851), 7 Bde. in 2. Ausg. C. Hegel, Gesch. d. Städteverfass. von Italien, 2 Bde. (1847). Bethmann-Hollweg, Ursprung der lombard. Städtefreiheit (1846). Mer-

kel, Gesch. d. Longobardenrechts (Berl. 1850). Rudorff, Röm. R.-G. I. § 104. S. 290 und § 116—120.

IV.

Der Militärstand und das Militärrecht des sinkenden Reichs.

Zu § **961**] Es ist von mir wiederholt auf die große Wichtigkeit hingewiesen worden, welche die Ausbildung eines militärischen Standes und Rechts in den Zeiten des untergehenden Römerthums hatte; zuletzt ist die Erscheinung des Militärrechts nochmals geschildert worden, indem sie in Bezug zur Vergangenheit gesetzt wurde. Es erübrigt, sie hier noch in Bezug zur folgenden Zeit zu setzen, wodurch Gelegenheit gegeben wird, eine allgemeine Frage zu erledigen, welche sich gegenüber dem aufgestellten Dualismus des *jus paganorum* und *militum* aufwerfen läßt. Diese Frage ist: wie es geschehen könne, daß ein Verkehrsrecht sich so in zwei Welten theile, m. a. W. ob nicht das an sich Unwahrscheinliche eines solchen Dualismus gegen die Richtigkeit und Wichtigkeit des behaupteten Dualismus streite?

Es ist diesem Bedenken gegenüber zuvörderst auf den Dualismus aufmerksam zu machen, welcher durch das praktische Reichsrecht des *Orbis Romanus* vorher Jahrhunderte lang sich zieht: nämlich auf den Dualismus des *jus Romanorum* und *peregrinorum;* auch das letztere — es ist von mir die hellenistische Praxis genannt worden* — ist für jene Zeiten als ein Theil, als die andere Hemisphäre des im Reiche geltenden Verkehrsrechts anzusehen. Es handelte sich dabei mit nichten um staatsrechtliche Positionen, sondern um eine zwiefache Evolution des *jus privatum,* und es ist also durchaus nichts Neues, wenn wir nachher wieder einen Unterschied zweier privatrechtlichen Welten, des *jus paganorum* und *militum,* entstehen sehen.**

Wir dürfen aber nicht bei dieser Vergleichung stehen bleiben; eine andere geschichtliche Perspective bietet sich dar, wenn wir in die Zeiten des germanischen Mittelalters hinausblicken. Von Neuem sehen wir da einen Dualismus des Verkehrsrechts sich entwickeln: die Scheidung des Landrechts und Lehnrechts, hinter welcher dann weiter die Scheidung des Landrechts und Stadtrechts, endlich die des Civilrechts und Handelsrechts als bedeutsame weltgeschichtliche Thatsachen zu notiren sind. Uns interessirt hier vorzugsweise die erstgenannte Scheidung des Verkehrsrechts in Landrecht und Lehnrecht. Bei den romano-germanischen Stämmen des 9. 10. Jahrhunderts u. s. w. sehen wir das s. g. Landrecht, erwachsen aus den alten Volksrechten, gleichsam an der Stelle, wo im antiken *Orbis Romanus* das *jus privatorum s. paganorum* gewesen war; an die Stelle des antiken *jus militare* aber trat das Lehnrecht (*jus feudale*), das Recht der Ritter und Vasallen. Die Frage ist nun, ob diese Vergleichung des

*) s. Cursus § 195 a. E. **) s. Cursus § 927. Dazu Excurse S. 588.

mittelalterlichen *jus feudale* mit dem antiken und bez. nachclassischen *jus militare* bloß einen äußerlichen Werth habe, oder ob ein geschichtlicher Zusammenhang zwischen beiden stattfinde.

Daß nun in der That das letztere der Fall ist, soll hier zum Schluß gezeigt werden, um auch an diesem Punkte deutlich zu machen, wie mit dem Recht des alten *Orbis Romanus* das Recht des mittelalterlichen und indirect auch des modernen Europa durch tausend Fäden zusammenhängt. Es ist das vom Standpunkt des Justinianischen Rechts aus ein Blick in die Zukunft, wie auch die Betrachtung des nachjustinianischen (byzantinischen) Rechts und der italienischen Glosse, — aber ein Blick in die Zukunft, welcher der Vergangenheit zu Statten kommt. Ohne die vorausgehende Thatsache des Römischen Militärrechts erklärt sich die Entstehung des Lehnrechts nicht, dieses war eine Mischung aus Elementen des germanischen Gefolgeschaftswesens mit Resten des Römischen Militärrechts, und anderseits erklärt sich die hohe und nachhaltige Bedeutung dieser Reste nicht ohne die Annahme, daß vordem das Militärrecht eine eminente Rolle im *Orbis Romanus* spielte, und daß eben ein ganzes System von Rechtsideen in ihm wirklich geworden war, welches nicht ohne Weiteres sich in Nichts auflösen, und recht wohl Jahrhunderte hindurch in späteren Rechtsbildungen fortwirken und nachklingen konnte.

Die Brücke, welche vom alten *jus militare* zum *jus feudale* hinüberführt, ruht gleichsam auf zwei Hauptpfeilern, nämlich auf den zwei Thatsachen, daß das *Imperium Romanum* sich nach und nach ganz mit dem Reich der Christenheit identificirte, und daß die germanischen Stämme, welche zuerst in dauernde Berührung mit dem Römischen Reiche kamen, in demselben vornehmlich die Stellung von Soldtruppen einnahmen (vergl. auch Marquardt Röm. Alterth. III. 2. S. 385.386). Diese Thatsachen stehen fest, und sie genügen zur Erklärung des behaupteten Zusammenhangs, welcher sich überdies durch viele Einzelnheiten überzeugend nachweisen läßt. Das Christenthum einerseits und das Germanenthum anderseits sind die beiden Factoren, welche hierbei spielen, sowie sie von H. Richter (d. Weström. Reich, besond. unt. d. Kaisern Gratian u. s. w. 375—388. Berl. 1865) in Betracht gezogen worden sind, wenn er sagt: „In der letzten Periode des Römischen Imperium gab es kaum noch eine eigentlich Römische Geschichte. Es ist die Geschichte der christlichen Religion und des Germanenthums auf Römischem Boden. Das eigentliche Römerthum kommt nur so weit in Betracht, als es einerseits suchte, durch jene beiden Mächte neue Stärkung zu gewinnen, und doch an die Kirche seine besten Kräfte verlor, und unter den Tritten der Germanen mehr und mehr zerbröckelte, als es anderseits in Versuchen gegen die neuen Principien gleichsam krampfhaft aufzuckte und gerade hierdurch seinen Untergang beschleunigte, als endlich die Kaiser in diesen Kämpfen Partei zu nehmen sich gedrungen sahen, ja vielmehr an die Spitze der Bewegung für oder wider zu treten suchten“ (S. 28).

A. **Das Christenthum** ward durch Constantin zur maßgebenden Religion im Reiche. Bisher hatte dieses Reich als das Reich der heidnischen Cultur gegolten, nunmehr galt es als das Reich der Christenheit, und diese Erhebung zur Staatsreligion war ein Act der kaiserlichen Machtvollkommenheit. Die Soldaten, welche im engern Sinn des Kaisers Volk bildeten, waren fortan eines christlichen Kaisers Soldaten, die Sache des Christenthums war nun auch die Sache des Kaiserthums und umgekehrt; es war daher natürlich, daß die Römischen *Milites* vornehmlich die Bedeutung einer Schutzwehr des christlichen Staats und einer Vorkämpferschaft der christlichen Kirche erhielten, und sie erhielten diese Bedeutung wohl nicht bloß den feindlichen noch heidnischen Barbaren, sondern ebenso den etwa aufsässigen noch heidnischen Reichsbewohnern gegenüber. Wie Kaiserreich und Christenheit, so identificirten sich gleichfalls gewissermaßen Soldaten und Christen: wir sehen das an der Wendung, welche in der nachclassischen Zeit die Bedeutung des Wortes *Pagani* nimmt, denn dieses, das bisher die Nichtsoldaten bedeutete, erlangte nun die Bedeutung von Nichtchristen. Wie aber kam das Wort *Pagani* dazu, nun die Heiden zu bedeuten?

Zuvörderst ist hierbei zu berücksichtigen, daß mit dem christlichen Kaiserthum eine in jeder Beziehung neue Zeit anbrach, und man schon damals sehr bald eine Riesenkluft wahrnahm zwischen dieser und der vergangenen Zeit, welche letztere nun als eine weit dahinten liegende Vergangenheit und fremdartige Vorzeit erschien. *Antiquitas* nannte man von da an die vorhergehende Kaiserzeit bis ins 3. Jahrhundert n. Chr. Bereits Capitolin am Schluß seiner *Vita Macrini* gibt in einer Anrede an Diocletian, den er *cupidum veterum Imperatorum* nennt, diesem Bewußtseyn vom Aufgange einer neuen Epoche Ausdruck; Isidor (*Orig. 5, 1*) sagt: *Leges novae a Constantino Caesare coeperunt et reliquis succedentibus.* Eine neue Zeit aber ist immer Schöpferin einer neuen Terminologie, denn das Gerüste der Sprache wandelt sich nothwendig mit dem Gefüge des Geistes.

Die Umdeutung des Wortes *Pagani* gehört dieser Wende der Zeiten an, und sie steht hier nicht allein. Eine Zusammenstellung aller hervorragenden Wortumdeutungen dieser Art würde eine treffliche Karakteristik des ganzen Zeitgeistes geben; hier sei nur daran erinnert, daß in dieser Zeit, welche auch ganz neue Worte in die Rechtssprache des Reichs einführte (z. B. *emphyteusis,** *laeti***), den Worten *Gentiles, Peregrini, Coloni, Codex* ein entschieden anderer Sinn, als der bisherige, eingehaucht wurde. Der Ausdruck *Gentiles* bezeichnete etwa seit dem 4. Jahrhundert dasselbe, was früher *Peregrini*; namentlich in Anwendung auf die neuerdings innerhalb der Reichsgrenzen aufgenommenen barbarischen Stämme (vergl. Voigt das *jus naturale* und *gentium* d. Römer. II. S. 899. IV. 2. S. 63); bald wurde er aber auch

---

*) s. Cursus § 585 u. Excurse S. 450. **) s. Excurse S. 302. 303.

im christlichen Sprachgebrauch zur Bezeichnung der Heiden gebraucht (*Isid. Orig. 8, 10*). Der Ausdruck *Peregrini* dagegen erhielt jetzt die relative Bedeutung von Auswärtigen, d. h. im Gegensatz der Bewohner einer bestimmten Stadt oder Provinz oder auch des Reichs im Ganzen: Ausländer, bez. Barbaren (s. Voigt IV. 2. S. 66. 67). *Coloni* wurden ehedem die einfachen Pächter von Landgütern genannt, aber seit dem 4. Jahrhundert mit der Ausbreitung der Sitte der *locatio in perpetuum* und der *glebae adscriptio* wurden unter *Coloni* vornehmlich die dem Stande der Unfreiheit sich annähernden Erbpächter verstanden, deren Stellung sich zu einer Standeseinrichtung ausbildete.* Der Ausdruck *Codex*, welcher in der classischen Zeit die *tabulae accepti et expensi* bezeichnet hatte, erhielt jetzt eine publicistische Rolle, indem er die officiösen und officiellen Sammlungen kaiserlicher Constitutionen bezeichnete.** Ebenso wurde nun der Ausdruck *Pagani* in neuem Sinn verwendet, und zwar ganz analog dem Ausdruck *Gentiles:* wie diese, so bedeuteten auch jene nun im christlichen Sinn einen Gegensatz zu den Christen überhaupt und insonderheit zu den christlichen Reichsbewohnern.

Ueberall im Reiche hatte das Römische Regiment auf die Auflösung der alten nationalen Gauverbände hingearbeitet, die geschlossene Römische Stadtverfassung war in den meisten Provinzen unbedingt herrschend geworden, und jemehr sie dies war, um so einflußreicher war da das Römische Regiment. Als dieses nun christlich geworden, mußte daher das Christenthum sich am leichtesten in den Städten und deren Umgebung durchsetzen, und die Beobachtung der christlichen Formen da sich am folgerichtigsten controliren lassen. Die heidnischen Reste flüchteten sich in die entlegeneren Gegenden, wohin des Kaisers Arm nicht so unmittelbar und regelmäßig reichte. Dieses schnellere Gelingen der christlichen Propaganda in den Städten scheint selbst in einer kaiserlichen Constitution (*l. 1. pr. C. de paganis 1, 11*) durchzublicken; Constantin II. sagt: *Placuit omnibus locis atque urbibus universis claudi protinus templa* (a. 342).

In griechischen Constitutionen Justin's und Justinian's (*l. 12. 18. C. de haereticis 1, 5; l. 2. C. ne christ. mancipium 1, 10; l. 9. 10. C. de paganis 1, 11*) werden die Heiden als Ἕλληνες bezeichnet, wofür in der lateinischen Uebersetzung *Pagani* gesagt wird. In lateinischen Constitutionen finden wir immer die *Pagani* den *Christiani* gegenübergestellt, z. B. von Honorius und Theodosius (a. 415), von Leo und Anthemius (*l. 6. 8. C. de pag. 1, 11*). Seitdem konnte dieser Ausdruck selbstverständlich nicht mehr als Gegensatz zu den *Milites* gebraucht werden, wir finden daher jetzt dafür das Wort *Privati* wieder angewendet: z. B. in *l. 4. C. de Judaeis (1, 9), l. 8. C. de pag. (1, 11)*.

B. Das Germanenthum gewinnt im Occident eine neue Bedeutung für das Römische Reich. Es bleibt hier nicht mehr dabei, daß

---

*) s. Cursus § 327. 585. 958. u. Excurse S. 299—301. **) s. oben Excurse S. 604.

einzelne germanische Männer in die Leibwache und unter die Legionen aufgenommen, ganze germanische Stämme auf Reichsboden zugelassen und unter das Römische Imperium gestellt werden, sondern wir sehen, wie germanische Heerführer nach der Herrschaft über Italien trachten, an die Stelle des Kaisers treten, und höchstens noch eine Oberhoheit der byzantinischen Herrscher anerkennen. Alarich hatte nur geplündert, Geiserich nur verwüstet. Odoaker, der Anführer der Herulischen Soldtruppen, entthronte den Romulus Augustulus; systematisch aber machte sich das germanische Element in Italien unter Theoderich (493—526) geltend. Seine Gothen bildeten vornehmlich den Soldatenstand, aber indem sie, durch Italien vertheilt, mit Grundbesitz ausgestattet wurden, bereitete sich ihre allmähliche Verschmelzung mit den Römern vor. Theoderich selbst, in voller Würdigung der civilisatorischen Macht des Römerthums, knüpfte zur Befestigung des gothischen Regiments überall an der Römischen Vergangenheit an und erwies sich so als einen Förderer der „*civilitas*". „Er und das Gothenreich sollten den Barbaren die antike Bildung übermitteln, wie die Gothen zwischen dem Kaiserthum und der Germanenwelt die politische Mitte bildeten ... Ganz besonders berühmt er sich, Frieden und Herrschaft der Gesetze und Römische Zucht auch über fremde Stämme zu verbreiten, so daß jeder Streit nicht, wie bei Barbaren, mit Waffengewalt, sondern auf dem Wege des Rechts geschlichtet werde. Darein setzt er seinen Stolz, daß er, ein Zögling des antiken Staatslebens, sein Reich wie ein Römischer Kaiser, nicht wie sonst die wilden Barbarenkönige pflegen, verwalte, und Zwist und Streit nicht, wie die Barbaren, mit Fehde und Selbsthülfe, sondern nach Gesetz und Recht entscheiden lasse. Dies ist recht eigentlich der Kern seines Regierungssystems." Dahn die Könige der Germanen (Münch. 1861) 2. Abth. S. 134. 136. Röm. Münzen gelten fort, nach dem Falle Odoaker's legt Theoderich Römische Tracht statt der gothischen an, mit ehrfurchtsvoller Anerkennung bringt er die Römischen Staatsformen zur Geltung und gründet seine Herrscherrechte so viel als möglich auf die Traditionen des antiken Imperium (Dahn II. S. 139). So romanisirt er das altgermanische Königthum durch das Imperatorenthum und zwingt durch die Gewalt seiner thatkräftigen und intelligenten Persönlichkeit auch seine Gothen in diese romanisirende Umbildung.

Aber indem der germanische Königsbann mit dem Römischen Imperium zusammenfließt, wird auch das Römerthum von germanischen Elementen durchdrungen. In gemischten Streitfällen richtet der Gothengraf (*comes Gothorum*), mit Zuziehung eines Römischen Juristen, bald nach Gothischem, bald nach Römischen Recht; alle Rechtspflege gipfelt in des Königs Pfalzgericht (*Comitatus*), an welchem stets eine Anzahl von rechtskundigen Personen beider Nationen verweilt; aus diesen bestellt der König die Richter. Und wie die Rechtspflege in seinem Namen geübt wird, so steht auch der Heerbann ihm persönlich zu; seine Gothen sind seine Soldaten (s. Dahn II. S. 124—130). Aber

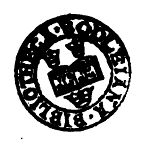
auch im Soldatenthum pflanzen sich Römische Formen fort, und Theoderich wird den Soldaten gegenüber die Stellung eines Imperator gern betont haben. Wir wissen, daß überhaupt die antike Waffentracht sich lange in Gebrauch erhielt, bevor sie wesentliche Umbildung erfuhr; der Römische Helm, das kurze Schwert, der Schuppenharnisch aus Horn und Metall, das Sagum und das enge Beinkleid sind bis in das 10. Jahrhundert die Hauptstücke der kriegerischen Bewaffnung und Bekleidung geblieben. So ward der germanische König der Erbe des Römischen Imperator und der germanische Königssoldat der Erbe des Römischen *Miles*. Auf der von Theoderich zuerst gelegten Grundlage entwickelte sich die Mischung Römischer und germanischer Elemente, die Tradition des Römischen Zusammenhangs ging nicht verloren, und insofern läßt sich auch behaupten, daß das germanische Ritterthum direct und indirect aus der Römischen *militia* hervorgewachsen ist. Im *Edictum Theodorici § 32* wird den Gothischen Kriegern das Recht zugestanden, in der Form der Römischen Militärtestamente zu testiren: damit sollte nicht das Römische Testament zu einem allgemeinen Rechtsinstitut gemacht werden, aber wir sehen an dieser Ausnahme gerade den Zusammenhang des alten und neuen Soldatenrechts. Allerdings machte sich in den beibehaltenen antiken Formen mehr und mehr ein neuer, germanisch-christlicher Geist geltend; der Bezug des Kriegsdienstes zum Christenthum ward verinnerlicht, die militärische Disciplin zu einem Band persönlicher Treue veredelt (s. Dahn I. S. 216): die *militia Romana* gestaltete sich zum Vasallenthum. Dieser ideale Schwung des romanischen und germanischen Ritterthums ist etwas Neues, aber Jahrhunderte lang heißen die Ritter und Vasallen *Milites;* auch die *libri feudorum* (z. B. *I, 16. 21. 22. 28*) bedienen sich dieses Ausdrucks, und er erhält sich in der folgenden Literatur. Baldus (*Consil. III, 232*) zieht den Satz des Römischen Rechts, daß zufolge Militärrechts der *heres castrensium rerum* die castrensischen, der *heres privatorum rerum* die übrigen Nachlaßschulden zu tragen habe,* hervor, um ihn auf den Vasallen als *miles* zu übertragen: wir sehen darin jenen merkwürdigen Dualismus des Militär- und Privatrechts** in neuer Anwendung zum theoretischen Bewußtseyn kommen. Es ist kein Zweifel, daß im Lehnrecht das Militärrecht der Römer wieder auflebt.

*) s. Cursus § 934. **) s. Excurse S. 588.

Register

der Institutionen und Rechtsgeschichte.

C mit folgender Zahl bedeutet den Paragraphen des Cursus (Bd. I);
E mit folgender Zahl bedeutet die Seite der Excurse (Bd. II).



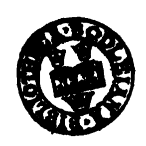
Corrigda et Addenda.

·ursus.

S. 35 Z. 10 v. u. lies: s. unten § !.
" 49 " 17 " " " Stammgemden der.
" 63 " 7 " " " *auctorita;*
" 129 " 10 v. o. " und (G.) A
" 133 " 8 v. u. " s. v. Bethnn.
" 137 " 9 " " " (*hypothecasperficies*).
" 141 Anm. f. " s. unten § 0.
" 144 Z. 6 v. o. " *de hom. liexh.* 48, 29).
" 176 " 7 v. u. " Deferentens *jus* —.
" 181 Anm. †† " s. oben § 9 u. 250.
" 227 Z. 14 v. o. " Arbeit, dieiden Systeme.
" 251 Col.-Ueberschr. 1—250.
" 253 " " 1—250.
" 260 Z. 10 v. u. lies: darstellte, welche dann.
" 261 " 1 " " " *jus comme.*
" 329 " 15 " " " *deliqueri'.*
" 372 " 9 v. o. " einzige de älteren *jus.*
" 382 " 14 v. u. " *quippe esut cum.*
" 387 " 22 " " " widmet ul sie mit.
" 414 " 8.9 " " " so wird bi *ususfructus* vornehmlich an *praedia rustica*, bei *usus.*
" 424 " 18 v. o. " Leichtsim.
" 427 " 2 " " " das *pacm fiduciae.*
" 467 " 8 v. u. " (4. Aufl.) I. S. 171.
" 468 Anm. *) " s. unten Cursus § 603.
" 515 Z. 15 v. o. " (*fr.* 1. § 6. *D. cit.*).
" 519 Anm. ††) " *Auct. ad Herennium* 2, 12.
" 545 Anm. **) " Ausdruck für *locatio.*
" 566 Z. 14 v. o. " hat, jener nunmehr.
" 583 Anm. *) " Cursus § 745.
" 588 Z. 2 v. o. " Antrag auf Sicherstellung.
" 621 " 6 v. u. " Dieselbe führte.
" 647 " 12 v. o. " = $\frac{1}{3}$ *triens* $\frac{8}{12}=\frac{2}{3}$ *bessis.*
" 655 " 2 v. u. " Codicille.
" 663 Anm. †) " Excurse zu Kap. 52—54. No. IV.
" 667 Anm. †) " zu Kap. 52—54. No. V.
" 670 Z. 12 v. u. " (auch wohl *ordinaria*).
" 675 " 10.14.21 v. u.: Inderdicte †† — Erwerbs † — Obligationen ***.
" 680 " 5 v. u. lies: aus welchem die.
" 694 " 18 " " " oder aber 2) durch.
" 698 " 4 " " " und Cervidius Scaevola.
" 720—5 in der Col.-Ueb. lies: 59. Kapitel.
" 722 Z. 12 v. o. lies: verschafft dem Legatar.
" 739 " 9 v. u. " (*fr.* 17. § 1. *D. de test. mil.*).
" 741 " 15 " " " ein *praecipuum.*
" 753 " 6 v. o. " Karakteristische ist, daß.
" 757 " 7 v. u. " III. 1. S. 307 Anm.
" 759 " 9 " " " Dritte, als auch gegen den Colonen.
" 759 Anmerkg. " Excurse S. 299—301.
" 770 Z. 10 v. u. " Vermögensunfähigkeit der.

Excurs

S. 11 Z. 2 v. o. lies: Geschichte d. R. R. I. S.
" 13 " 17 v. u. " Gang der inneren E[illegible]ckllung.
" 26 " 20 v. o. " *Jurisprudentia. Roma[illegible]Germanica.*
" 28 " 17 v. u. ist hinzuzufügen: 1865. 186[illegible]d. III. 1867.
" 29 " 9 v. o. " " 1837; 3.—Fasc. 1839—44.
" 39 Anmerkg. lies: Excurse zu § 97—102. *III.*
" 43 ist die Anmerkung zu streichen.
" 77 Anm. **) lies: Excurse zu § 103—11[illegible]o. IV.
" 93 Z. 23 v. o. " aufgestellten.
" 96 " 20 " " " für Statussachen als.
" 112 " 2 der Anm.: s. Cursus § 138.
" 128 " 7 v. u. lies: erkannte sie den.
" 172 " 17 " " " daß noch dem Polybius
" 174 ist die Seitenzahl falsch.
" 183 Z. 9 v. o. lies: zu den ältesten.
" 226 " 4 v. u. " *neque is homo A—o.*
" 229 " 19 v. o. " und Rudorff i. d. Ze[illegible]chr. f. Rechtsgesch. IV. S. 1—122.
" 293 " 10 " " ist hinzuzufügen: (vergl. dazu [illegible]ommsen i. d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 480—6).
" 294 " 3 " " ist hinzuzufügen: Neue Ausg[illegible]e durch Mommsen besorgt: *Res gestae divi Aug[illegible]ti* (Berl. 1865).
" 294 ist hinzuzufügen: 5. Drei Velejatisch[illegible] Alimentartafeln v. d. J. 100—103, zu der berühm[illegible]n Trajanischen Alimentenstiftung für italisc[illegible] Waisen gehörig. *Haenel Corpus legum p.* 69—[illegible].
" 315 Z. 15 v. u. ist einzuschalten: Noch deutli[illegible]er erhellt dies aus *fr.* 17. § 7. *D. de injur.* (47, 10).
" 353 Anm. †) lies: s. Excurse S. 336 ff.
" 357 Z. 21 v. u. " erbaute jene auf's Reichst[illegible]
" 380 " 5 " " " ädaquaten.
" 398 " 2 " " " *voluptariae.*
" 547 " 8 " " " *videor enim non omnin[illegible] immaturos.*
" 554 " 6 v. o. " *Scta (Persicianum.*



Druck von Ackermann u. Glaser in Leipzig.



